GEFÄHRDUNGSHAFTUNG IM ÖFFENTLICHEN RECHT

Alois Rettenbeck

1962

G E F A H R D U N G S H A F T U N G
I M Ö F F E N T L I C H E N R E C H T

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Alois Rettenbeck

1962

Referent: Professor Dr.jur. Siegfried Grundmann
Correferent: Professor Dr.jur. Karl Larenz
Tag der mündlichen Prüfung: 20.Dezember 1962

Meinen lieben Eltern

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis..... IV
Abkürzungsverzeichnis.....XIV

§ 1 Einleitung.

I.Allgemeiner tatsächlicher Hintergrund..... 1
II.Ziel der Arbeit..... 2

Erster Teil.Begriff und Wesen der Gefährdungshaftung.

§ 2 Entwicklung des Begriffes und Skizzierung des Streitstandes im öffentlichen Recht.

I.Schrifttum..... 5
II.Rechtssprechung..... 9
III.Gesetze..... 10
IV.Notwendigkeit einer Klärung..... 11

§ 3 Begriff und Wesen im Privatrecht .

A.Entstehungsgeschichte..... 13
B.Heutige Rechtslage .
I.Wortsinn..... 15
II.Einzelne Merkmale des Instituts.
1.Verursachung..... 16
2.Gezielter "Eingriff" (Finalität)?..... 17
3.Rechtswidrigkeit..... 20
4.Verschulden..... 26
5.Gefährdung und Schadensausgleich..... 28
C.Ergebnis..... 32

§ 4 Ableitung für das öffentliche Recht.

I.Verursachung..... 34
II.Eingriff und hoheitliche Gewalt..... 34
III.Rechtswidrigkeit..... 40
IV.Verschulden..... 46
V.Typische Gefahr..... 48
VI.Ergebnis..... 51

Zweiter Teil.Bewährung des Begriffs der öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung.

§ 5 Auszuscheidende Grenzfälle.

A.Fälle des Privatrechtes.
I.Immissionsfälle..... 53
II.Vollstreckungsschaden..... 58
B.Fälle des öffentlichen Rechts.
I.Eingriffstatbestände..... 59
II.Fehlende außergewöhnliche Gefahr.
1.Verkehrssicherungspflicht..... 61
2.Sonstige Fälle..... 64
III.Allgemeines Opfer..... 65

§ 6 Öffentlich-rechtliche Gefährdungsfälle..

I.Schäden bei polizeilicher Gefahrenabwehr, Störungsbeseitigung und Strafverfolgung..... 66

II.Schäden bei gefährlichem Einsatz..... 68
III.Schäden bei Maßnahmen der Gesundheitsfürsorge 70
IV.Öffentlich-rechtliche Immissionsschäden und ähnliche Fälle..... 73
V.Sonstige Fälle..... 77
VI.Ergebnis..... 79

Dritter Teil.Haftungsgrundlage

Erster Abschnitt.Rechtsgrundlage außerhalb der allgemeinen öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen.

§ 7 Spezielle öffentlich-rechtliche Entschädigungsnormen.

A.Unmittelbare Anwendung und Gesetzesanalogie.
I.Polizeigesetze..... 81
II.Versorgungsgesetze und Reichsversicherungsordnung..... 83
III.Seuchengesetze..... 84
IV.Sonstige Sondernormen..... 84
B.Rechtsanalogie..... 85

§ 8 Analogie zu privatrechtlichen Instituten oder allgemeiner Rechtsgrundsatz.

A.Analogie..... 87
I.Zivilrechtliche Gefährdungshaftung..... 87
II.Auftragsverhältnis..... 88
B.Allgemeiner Rechtsgrundsatz der Gefährdungshaftung..... 89

§ 9 Billigkeitsforderung, Rechtsstaatsklausel und Gleichheitssatz als Rechtsgrundlage.

I.Meinungen des Schrifttums..... 90
II.Kritik..... 91

Zweiter Abschnitt.Allgemeine öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen. 93

I.Kapitel.Institute für ausschließlich rechtswidrige Schädigungen.

§ 10 Staatshaftung.

I.Historischer Rückblick..... 94
II.Wesen und Rechtsgrundlage für Gefährdungsfälle 95

§ 11 Folgenbeseitigungsanspruch.

I.Wesen des Anspruchs..... 97
II.Rechtsgrundlage für Gefährdungsfälle?..... 100

II.Kapitel.Institute für speziell rechtmäßige Schädigungen.

§ 12 Enteignungsentschädigung.

I.Wesen der Enteignung nach Art 14 GG..... 101
II.Der "enteignungsgleiche" Eingriff..... 103
III.Rechtsgrundlage für Gefährdungsfälle..... 106

§ 13 Aufopferungsanspruch.

I.§§ 74,75 EinlALR und die Kabinettsorder von 1831..... 106
II.Zur Zeit des Reichsgerichtes..... 108
III.Nach 1945..... 113
IV.Heutige Rechtslage.
1.Rechtsnatur und Geltungsbereich des Anspruchs.. 116
2.Besonderes Opfer..... 118

Vierter Teil. Nähere Ausgestaltung und Konkurrenz der Entschädigungsansprüche

§ 14 Art und Ausmaß der Entschädigung..... 121

I.Art und Umfang im allgemeinen..... 121
II.Einwendungen..... 123

§ 15 Der entschädigungspflichtige Hoheitsträger.

I.Aufopferungsanspruch..... 125
II.Sondernormen..... 126

§ 16 Das Verhältnis der einzelnen Ersatzansprüche untereinander.

I.Verhältnis der Sondernormen zum allgemeinen Aufopferungsanspruch..... 127
II.Verhältnis zur Staatshaftung..... 128

§ 17 Prozessuale Fragen..... 129

Fünfter Teil. § 18 Zusammenfassung und Ausblick..... 131

LITERATURVERZEICHNIS

() nach einem Namen = Auflage

Anschütz Gerhard, Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigung durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt, VArch Bd.5 S.1ff.

- Lücken in der Verfassungs- und Verwaltungsgesetzgebung, VArch Bd.14 S.315ff.

Bachof Otto, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951.

- Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL Heft 12 S.37ff.

- Das Ende des deutschen Verwaltungsrechts? DÖV 1958 S.27ff.

Bank, Zur Schadensersatzpflicht der öffentlichen Körperschaften bei unverschuldet rechtswidrigen Verwaltungsakten, RPrVBl Bd.50 S. 65ff.

Barkhau Werner, Öffentlich-rechtliche Entschädigung bei Nothilfeleistungen, 1954.

Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeßordnung, 26.Aufl., 1961.

Bender Bernd, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2.Aufl., 1956.

Berner Georg, Polizeiaufgabengesetz(Bayern), 1955.

Bettermann Karl August, Rechtsgrund und Rechtsnatur der Staatshaftung, DÖV 1954 S.299ff.

- Zur Lehre vom Folgenbeseitigungsanspruch, DÖV 1955 S.528ff.

Bienenfeld Rudolf, Die Haftungen ohne Verschulden im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht, 1933.

Binding Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Bd.II, 1.Hälfte, 1914.

Blome Helmut, Impferzwingung und Impfschäden bei der Pockenschutzimpfung, Dissertation 1940.

Bögner R., Die Entschädigungsansprüche im Polizeirecht, DVBl. 1953 S.357ff.

Böhmer Emil, Verschuldenshaftung oder Verursachungshaftung? MDR 1958 S.288ff.

- Ist die Halterhaftung nach § 7 StVG eine reine Gefährdungshaftung? VersR 1961 S.965.

Büchner Rudolf, Entschädigungspflicht des Staates für schuldlos-rechtswidriges Verhalten seiner Organe, Diss 1951.

Bullinger Martin, Bericht über die Staatsrechtslehrertagung 1961, Referate von Jaenicke und Leisner,JZ 1961 S.710f.

v.Caemmerer Ernst,"Wandlungen des Deliktsrechts" in "HundertJahre Deutsches Rechtsleben",Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des DJT, 1960 Bd.II S.49ff.

Cremer, Zur Frage der Schadensersatzansprüche aus polizeilichen Verfügungen, RPrVBl Bd.54 S.946ff.

Cremer, Entschädigungsansprüche für schuldlos-rechtswidrige öffentliche Eingriffe, RVBl Bd.56 S.625ff.

Diembeck Arnold, Der Ausschluß der Gefährdungshaftung, Dissertation 1934.

Dock A., Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten, ArchöffR Bd.16 S.244ff.

Drews Bill, Polizei und Schadensersatzrecht nach Preußischem Recht, PrVBl Bd.47 S.571ff.

Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 7.Aufl.,1961.

Dürig Günter, Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff, JZ 1954 S.4ff.

- Grundfragen des öffentlich-rechtlichen Entschädigungssystems, JZ 1955 S.521ff.

Ebert Adolf, Anerkennung des Gefährdungshaftungsgedankens in den verschiedenen modernen Reichsgesetzen,Diss.1928.

Ehlers Kurt, Das Verhältnis der Entschädigungsansprüche nach Art 153, nach §§ 74,75 EinlzALR und nach §§ 70ff des Preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes vom 1.6.1931, Dissertation 1933.

Engisch Karl, Einführung in das juristische Denken, 2.Aufl., 1959 (zit.: Einführung).

- "Der Unrechtstatbestand im Strafrecht" in "Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben", Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des DJT 1960, Bd.I S. 401ff (zit.:Festschrift).

Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15.Aufl., 1958.

Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15.Aufl.,1.HBd(1959), 2.HBd.(1960).

Esser Josef, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 1941 (zit.: Gefährdungshaftung).

- Schuldrecht, 2.Aufl.,1960.

- Zur Frage der Ersatzansprüche bei Impfschäden, (zu RGZ 156, 305ff) DtR 1938 S.195ff.

Fahrenkrug Carl Heinz, Die Entschädigung für rechtswidrig-schuldlose Verwaltungsakte, Dissertation 1937.

Feith Hans, Die Haftung ohne Verschulden im kommenden Recht, Kölner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, 1936.

Fischer Hans Albrecht,"Die Rechtswidrigkeit" in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß von Otto Fischer, XXI Bd., Heft 2, (zit.: H.A.Fischer).

Fischer Robert,"Empfiehlt es sich, die verschiedenen Pflichten des Staates zur Entschädigungsleistung aus der Wahrnehmung von Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und Geltendmachung gesetzlich neu zu regeln?", Referat zu den Verhandlungen des 41. DJT 1955 Bd.II S C37ff,(zit.:Fischer).

Fleiner Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8.Aufl., 1928.

Forsthoff Ernst, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner Teil,I.Bd.,2.Aufl.(1951), 8.Aufl.(1961);(zit.:VR).

- "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates", VVDStRL Heft 12 S. 37ff.

- Die Verkehrssicherungspflicht in Ansehung öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch, DVBl 1952 S.164ff.

- Entscheidungsbesprechung, JZ 1952 S.627f.

- Entscheidungsbesprechung, NJW 1953 S.337f.

Franzen Wilhelm, Die Entschädigungspflicht und das Rückgriffsrecht bei polizeilichen Notstandsverfügungen, RVBl Bd.56 S.749ff.

Friedrichs Karl, Schadensersatzansprüche der Hinterbliebenen eines verunglückten Mitgliedes der Pflichtfeuerwehr, VArch Bd.34 S.356ff.

- Polizeinotstand und Schadensersatz, PrVBl Bd.45 S.2ff.

Frisius, Zur Frage der Verkehrssicherungspflicht bei öffentlichen Straßen, NJW 1953 S.886ff,S.1625f.

Furler Hans, Das polizeiliche Notrecht und die Entschädigungspflicht des Staates, VArch Bd.33 S.340ff.

Galette Alfons, Zur Entwicklung des "Polizei- und Ordnungsrechts", DVBl 1955 S.313ff.

Geigel Reinhart und Robert, Der Haftpflichtprozeß, 10.Aufl., 1961.

Giese Friedrich Wilhelm, Der öffentlich-rechtliche Aufopferungsanspruch, Tübinger Abhandlungen zum öffentlichen Recht, Heft 37, 1936, (zit.:Aufopferungsanspruch).

- Öffentlichrechtliche Entschädigung für Aufopferung bei Impfschaden, 1939 (zit.: Impfschäden).

Giese-Schunck, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 5.Aufl., 1960.

Goldschmidt James, Rechtsgrund und Rechtsnatur der staatlichen Entschädigungspflicht gegenüber unschuldig Verhafteten und Bestraften, Festgabe für Otto v. Gierke, Bd.III, 1910 S.109ff.

Greiner Gottfried, Wiederbelebung des klassischen Enteignungsbegriffs, DÖV 1954 S.583ff.

Haas Diether, System der öffentlichrechtlichen Entschädigungspflichten, 1955.

- Landesrecht vor Bundesgerichten? DVBl 1957 S.368ff

Hamann Andreas, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1.Aufl.(1956), 2.Aufl.(1961).

Hannak Karl, Die Verteilung der Schaden aus gefährlicher Kraft, 1960.

Haueisen, Straßenbaulast und Verkehrssicherungspflicht, NJW 1953 S.1613f.

Haueisen, Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, NJW 1954 S.1425ff.

Heck Philipp, Grundriß des Schuldrechts, 1929.

Hergt Albert, Gefährdungshaftung im geltenden Recht,Diss.1930

Hofacker W., Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag beim Feuerlöschwesen, PrVBl Bd.43 S.40ff.

Hohenester Hermann, Haftungsbeschränkung beim Aufopferungsanspruch, NJW 1957 S.1627f.

Holstein Günther, Die Lehre von der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, Öffentlich-rechtliche Abhandlungen, 1921.

Huber Ernst Rudolf, Wirtschaftsverwaltungsrecht 2.Bd., 2.Aufl., 1954.

Hubmann Heinricht, Der bürgerlich-rechtliche Aufopferungsanspruch, JZ 1958 S.489ff.

Ipsen Hans Peter,"Enteignung und Sozialisierung", VVDStRL Heft 10,S.74ff (zit.: Ipsen).

- "Gleichheit" in Neumann-Nipperdey-Scheuner "Die Grundrechte" Bd.II S.111f.

- Entscheidungsbesprechung, MDR 1948 S.496.

Jaenicke Günther, Leitsätze aus dem Referat der Staatsrechtslehrertagung 1961,"Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht? Zur Verantwortung des Staates ohne Verschulden", DÖV 1961 S.857ff.

Janssen Günter,"Der Anspruch auf Entschädigung bei Aufopfe- und Enteignung" in Verwaltung und Wirtschaft, Heft 24 (1961); (zit.: Janssen G.)

- Gefährdungshaftung im deutschen öffentlichen Recht, NJW 1962 S.939.

Janssen Fritz, Entschädigungsansprüche Dritter bei Impfschäden, NJW 1956 S.778ff.

Jellinek Walter, Verwaltungsrecht, 3.Aufl.,1931(1948);zit:VR.

- Schadensersatzansprüche aus Amtshaftung und Enteignungsentschädigung, JZ 1955 S.147ff.

Jesch Dietrich, Gesetz und Verwaltung, 1961.

Josef Eugen, Geschäftsführung ohne Auftrag beim Feuerlöschwesen und dem Rechtswesen der freiwilligen Feuerwehr, PrVBl.Bd.42 S.325.

Jung Dieter, Der Aufopferungsanspruch unter besonderer Berücksichtigung seiner Abgrenzung zur Enteignung,Diss.1954.

Katzenstein Gerhard, Entschädigungspflicht des Staates bei rechtswidrig-schuldloser Ausübung öffentlicher Gewalt, Abhandlg. u. Mitteilg. aus dem Seminar für öffentl? Recht der Universität Hamburg, Heft 30 (1935); zit.:Abhandlungen.

- Die Entschädigungspflicht des Staates aus rechtswidrig-schuldloser Ausübung öffentlicher Gewalt,MDR 1952 S.193ff.

Kelsen Hans, Über Staatsunrecht, Grünhuts Zeitschrift für das Privat- u. öffentliche Recht der Gegenwart, Bd.40 S.1ff (zit.: GrünhutsZ.)

Kleeberg Erich, § 75 Einleitung zum ALR und die Rechtsprechung des Reichsgerichts, Dissertation 1909.

Kleinhoff J., Der Aufopferungsanspruch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, DRiZ 1957 S.225ff.

- Der enteignungsgleiche Eingriff in der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofes, DRiZ 1958 S.167ff.

Knoll Ernst,"Das Verfahren zur Geltendmachung von Ansprüchen auf Ausgleich von Schaden, welche durch die Wahrnehmung von Hoheitsrechten entstanden sind," Gutachten für die Verhandlungen des 41. DJT,1955, Bd.I S.84ff.

Koellreutter Otto, Grundfragen des Verwaltungsrechts, 1955.

Kraft Alfons, Gedanken zur Verkehrssicherungspflicht, DÖV 1954 S.518ff.

Kraft J., Die Entschädigungspflicht für rechtmäßige Eingriffe der Staatshoheit, Gruchot Bd 60 S.268ff, 392ff.

Krause Martin, Die öffentlich-rechtliche Entschädigung bei schuldlos, rechtswidrigen Eingriffen des Staates,Diss.1960.

Krauthause Hermann, Die Entschädigung bei rechtmäßigen Einwirkungen der öffentlichen Gewalt auf die Interessensphäre der Privaten nach geltendem Reichs- u. Landesrecht,Diss.1925

Kreft Friedrich, Zum Verhältnis von Aufopferungsansprüchen und Amtshaftungsansprüchen, DÖV 1955 S.517ff.

- Buchbesprechung (Janssen Günter), JZ 1961 S.767f.

Kröner Herbert, Die Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, DRiZ 1961 S.10ff.

Kronstein Heinrich, Zur Haftung für Sprengschaden bei der Neckarkanalisation, VArch Bd.35 S.135ff.

Kühne H.J., Zur Entschädigungsfrage von Liegenschaftsrequisitionen in der ehemaligen britischen Zone, NJW 1957 S.609ff

Kuhles Günter, Der Aufopferungsanspruch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts unter besonderer Berücksichtigung der Immissionsschaden, Dissertation 1949.

Lachs Reinhold, Der Rechtsgrund der öffentlich-rechtlichen Entschädigung, Dissertation 1918.

Landmann-Giers-Proksch, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1957; (zit.: Landmann VR).

Landmann-Rohmer-Eyermann-Fröhler, Gewerbeordnung, 11.Aufl., Bd.I, 1956 (zit.: Landmann-Rohmer).

Lange Hans-Jürgen, Die Entschädigung für schuldlos-rechtswidrige Eingriffe des Staates, insbes. die Gefährdungshaftung im deutschen öffentlichen Recht, unter Berücksichtigung des französischen Staatshaftungsrechtes,Diss.1955.

Larenz Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.I,II, 3.Aufl. (1958/9), 5.Aufl.(1962).

Larenz Karl, Vertrag und Unrecht, 2.Teil, 1937.

- Entscheidungsbesprechung, NJW 1959 S.48f.

Lassar Gerhard, Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- u. Finanzrecht, Öffentlich-rechtliche Abhandlungen,Heft 2, 1921.

Lauterbach Herbert,Unfallversicherung,3.u.5.Buch der RVO, 2.Aufl.,1961.

Lehmann Heinrich, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches,10.Aufl.(1957),12.Aufl.(1960);(zit.:Lehmann).

- Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann zum 80. Geburtstag, 1958 S.177ff; (zit.:Festschrift)

Leisner Walter, Leitsätze aus dem Mitbericht zur Staatsrechtslehrertagung 1961, - Thema s.Jaenicke- DÖV 1961 S.859f.

Leonhard Franz, Das Schuldrecht des BGB, 2.Bd.,1931.

Lerche Peter, Amtshaftung und Folgenbeseitigung, Das Recht im Amt, 1954 S.9ff.

- Rechtsprobleme der wirtschaftslenkenden Verwaltung, DÖV 1961 S.486ff.

Lieberwirth, Aufopferungsansprüche bei Gesundheits-,insbesondere bei Impfschäden, NJW 1959 S.796ff.

Loening Edgar, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach Deutschem Privat- und Staatsrecht, 1879.

Lührs Hans J., Die Entschädigungspflicht des Staates bei rechtswidrigen Verwaltungsakten, Dissertation 1955.

Maaß Werner, Zur Frage der Haftung und Verantwortlichkeit im Bereich der automatischen Datenverarbeitung, DVBl 1961 S.7

v.Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz,Bd.I,2.Aufl,1957.

Maunz Theodor, Deutsches Staatsrecht, 10.Aufl.,1961.

Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 1961.

Maurach Reinhart, Deutsches Strafrecht, Allg.Teil, 1954.

Mayer Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, 1.u.2.Bd.,1.Aufl., (1896), 3.Aufl.(1925) - (zit.:O.Mayer,VR).

- Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht, 1904 (zit.: Entschädigungspflicht).

- Die Haftung des Staates für rechtswidrige Amtshandlungen, SächsArch 1913 S.1ff.

Meisner-Stern-Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern) und in Westberlin, 3.Aufl., 1956.

Menger Christian Friedrich,"Über die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungsstreitsachen" in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955 S.347ff(zit.: Gedächtnisschrift).

Menger Christian Friedrich, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VArch Bd.48 S.352ff.

Mezger Edmund, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8.Aufl.,1958.

Müller Fritz, Straßenverkehrsrecht, 21.Aufl.,1959.

Müller-Erzbach Rudolf, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, 1912.

Münch Fritz,"Entschädigung für staatliche Einwirkungen im französischen Recht", Gutachten für die Verhandlungen des 41. DJT 1955, Bd.I S.61ff.

Nebinger Robert, Verwaltungsrecht,Allg.Teil,2.Aufl.,1949.

Nedden Gerhard, Straßenverkehrssicherungspflicht und Straßenbaulast, NJW 1956 S.1014ff.

Niese Werner, Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht, JZ 1956 S.457ff.

Nipperdey, Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957 S.1777ff.

Obermayer Klaus, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, 1956.

Palandt Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 20.Aufl.,1961, einschlägig bearbeitet von Danckelmann,Gramm,Hoche.

Peters Hans, Lehrbuch der Verwaltung, 1949.

Pfetsch Hans, § 26 GewO und der vom Reichsgericht entwikkelte Grundsatz der Staatshaftung für die sogenannten unverschuldet,rechtswidrigen Eingriffe, Diss.1936.

Reinhardt Rudolf, Gutachten zu den Verhandlungen des 41. DJT 1955,Bd.I S.233ff - Thema s.Fischer Robert - (zit.: Gutachten).

- "Wo liegen für den Gesetzgeber die Grenzen, gemäß Art.14 des Bonner Grundgesetzes über Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen" in Reinhardt-Scheuner"Verfassungsschutz des Eigentums",1954 S.1ff(zit.:Verfassungsschutz).

Reissmüller Johann Georg, Entscheidungsbesprechung, JZ 1960 S.122ff.

Reiß, § 75 EinlALR und Art 153 der Reichsverfassung, JR 1931 S.218f.

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.I,II je 2.Teil,Bd.III Teil 1;Einschlägig bearbeitet von Nastelski, Haager, Pritsch, Johansen, 11.Aufl.,1960; (zit.:RGRK).

Rinck Gerd, Gefahrdungshaftung, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Bd.29 (1959).

Rosenberg Leo, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 8.Aufl., 1960.

Rümelin Max, Schadensersatz ohne Verschulden, 1910.

Salzwedel Jürgen, Staatsrechtslehrertagung 1961: Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht? - ArchöffR 1962 S.94ff.

Sasse Christoph, Sind Verkehrszeichen wirklich Rechtsvorvorschriften? DÖV 1962 S.321.

Sauer-Lais-Quirdl, Erläuterungen zum Wasserhaushaltsgesetz, 1958 (zit.: Sauer).

Schack Friedrich, Gutachten zu den Verhandlungen des 41.DJT 1955,Bd.I S.1ff - Thema s.Fischer Robert- (zit:Gutachten)

- "Analogie" und"Verwendung allgemeiner Rechtsgedanken" bei der Ausfüllung von Lücken in den Normen des Verwaltungsrechts in "Festschrift für Rudolf Laun", 1948, S.275ff (zit.:Festschrift).
- Der Aufopferungsanspruch, BB 1956 S.409ff.
- Gefährdungshaftung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, DÖV 1961 S.728ff.
- Das Entschadigungsmaß des § 70 PrPVG und der entsprechenden Bestimmungen der neuen Polizeigesetze,DVBl 1956 S.669.
- Zum Aufopferungsanspruch im Nachbarrecht,JR 1958 S.207ff.
- Der für den Aufopferungsanspruch neben der Enteignungsentschädigung verbleibende Raum, JZ 1956 S.425ff.
- Entscheidungsbesprechung, JZ 1957 S.554ff.
- Der"enteignungsgleiche" Eingriff, JZ 1960 S.625ff.
- Entscheidungsbesprechung, JZ 1961 S.373f.
- Aufopferungsentschädigung bei Körper-, insbesondere Impfschäden? MDR 1951 S.263 ff.
- Entschädigung bei "legislativem Unrecht",MDR 1953 S.514.
- Entscheidungsbesprechung, MDR 1953 S.611.
- Requisitionsschäden und Aufopferungsanspruch, NJW 1957, S.652ff.
- Entscheidungsbesprechung, NJW 1959 S.306ff.
- Die Anwendung des § 75 EinlALR auf schuldlos rechtswidrige Eingriffe der öffentlichen Gewalt in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, VArch Bd.40 S.426ff.
- Reichsgericht und öffentlich-rechtliche Entschädigung im neuen Staat, VArch Bd.44 S.97ff.

Schäfer Hans, Referat zu den Verhandlungen des 41.DJT 1955, Bd.II S.C 3ff - Thema s. Fischer Robert -

Schattenberg Ulrich, Die Entschädigung unschuldig Verhafteter und Bestrafter, Dissertation 1930.

Scheer-Trubel, Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz, 6.Aufl., 1961.

Schelcher Walter, Gesetzliche Eigentumsbeschränkung und Enteignung, ArchöffR Bd.18(NF) S.321ff.

Schelcher Walter, Die Haftung des Staates für Eingriffe in Privatrechte, FischersZ Bd.52 S.1ff.

Scheuner Ulrich, "Grundfragen der Staatshaftung für schädigende Eingriffe" in "Gedächtnisschrift für Walter Jellinek", 1955 S.331ff (zit.: Gedächtnisschrift).

- "Grundlagen und Art der Enteignungsentschädigung" in Reinhardt-Scheuner "Verfassungsschutz des Eigentums" 1954 S.63ff (zit.: Verfassungsschutz).

- Die Abgrenzung der Enteignung, DÖV 1954 S.587ff.

- Probleme der staatlichen Schadenshaftung nach deutschem Recht, DÖV 1955 S.545ff.

- Requisitionsentschädigung und Aufopferungsanspruch, DÖV 1957 S.681ff.

Schiedermair Rudolf, Einführung in das bayerische Polizeirecht, 1961.

Schlochauer Hans Jürgen, Das öffentliche Recht 1957.

Schmalzl Max, Rechtsgrund und Inhalt der Straßenverkehrssicherungspflicht, NJW 1956 S.205ff.

Schmidt, Aufopferungsansprüche bei freiwilligen Impfungen, NJW 1957 S.1585f.

Schneider Hans, Buchbesprechung (Forsthoff, Verwaltungsrecht 3.Aufl.), NJW 1954 S.750.

Schröer Leopold, Amtshaftung und Enteignungsentschädigung, JZ 1955 S.308ff.

Schüle Adolf, Treu und Glauben im deutschen Verwaltungsrecht, VArch Bd.38 S.39ff.

Schwarze Josef, Die Verkehrssicherungspflicht auf öffentlichen Wegen, MDR 1954 S. 584f.

Seuffert-Walsmann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 2.Bd., 1933.

Sieg Karl, Entscheidungsbesprechung, JZ 1956 S.178.

Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch Bd.I,III, 1959; einschlägig bearbeitet v. Schmidt, Baur, Mühl..

Spanner Hans, "Empfiehlt es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? Gutachten für den 43. DJT, Bd.I 2.Teil, 1960.

Stachow Christa, Der allgemeine Aufopferungsanspruch, Dissertation 1947.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,Bd.II, III 1.Teil; einschlägig bearbeitet v.Werner, Seufert.

Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Kommentar zur Zivilprozeßordnung,18.Aufl., Bd.II, 1956 (zit.:Stein-Jonas-Pohle).

Stödter Rolf, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, 1933. (zit.: Entschädigung).

Stödter Rolf, Über den Enteignungsbegriff,DÖV 1953 S.97ff, S.136ff.

- Zur Frage der öffentlich-rechtlichen Entschädigung, RPrVBl Bd.55 S.528ff.

Stoll Hans, Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, JZ 1958 S.137ff.

Tschacksch Ernst, Die öffentlich-rechtliche Entschädigung bei schuldlos-rechtswidrigen Verwaltungsakten,Diss.1931.

v.Turegg Kurt Egon, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3.Aufl., 1956.

Weber Werner,"Eigentum und Enteignung" in Neumann-Nipperdey-Scheuner"Die Grundrechte" Bd.2(1954)- zit:Weber.

- Entscheidungsbesprechung, ZAkDR 1938 S.135ff.

Weimar Wilhelm, Gibt es eine öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung? JR 1958 S.96.

Welzel Hans, Das Deutsche Strafrecht, 6.Aufl.(1958) 7.Aufl, (1960).

Wernicke, Gefährdungshaftung nach § 22 des Wasserhaushaltsgesetzes, NJW 1958 S.772ff.

Wieczorek Bernhard, Zivilprozeßordnung Bd.IV, 1958.

Wilke Gerhard, Bundesversorgungsgesetz, 1960.

Wilke Günther, Die Haftung des Staates für rechtswidriges, aber schuldloses Verhalten seiner Amtsträger in Wahrnehmung von Hoheitsrechten (einschließl.der sogenannten öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung),1960;zit:Wilke.

Witzel Gustav, Erläuterungen zum Wasserhaushaltsgesetz, 3.Aufl., 1961.

Wohlfahrt, Das Herrschaftsgebiet des § 75 Einleitung zum Allgemeinen Landrecht, JR 1935 I S.73ff.

Wolff Hans J., Verwaltungsrecht I, 2.Aufl.(1958), 3.Aufl. (1959), 4.Aufl.(1961)

Zeidler Karl, Über die Technisierung der Verwaltung, 1959, (zit.: Technisierung).

- "Verwaltungsfabriakt" und Gefährdungshaftung, DVBl. 1959 S.681ff.

- Zur Technisierung der Verwaltung, DVBl. 1961 S.493.

Zeuner Albrecht, Bemerkungen zum Problem der Rechtswidrigkeit aus zivilrechtlicher Sicht, JZ 1961 S.41ff.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

(+) zitiert nach Jahr und Seite
(++) zitiert nach Band und Seite

ArchöffR.....Archiv des öffentlichen Rechts (++)
AtomG.....Atomgesetz v.23.12.1959(BGBl I S.814).
BayPAG.....Bayerisches Polizeiaufgabengesetz v. 16.10.1954(GVBl S.237)
BayObLG.....Bayerisches Oberstes Landesgericht.
BayVfGH.....Bayerischer Verfassungsgerichtshof.
BB.....Der Betriebs-Berater (+)
BGBl.....Bundesgesetzblatt.
BGHZ.....Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen(++).
BJagdG.....Bundesjagdgesetz v.30.3.1961(BGBl I S.304)
BSeuchenG.....Bundes-Seuchengesetz v.18.7.1961 (BGBl I S.1012).
BVerfGE.....Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.
Diss.....Dissertation.
DJT.....Deutscher Juristentag.
DÖV.....Die öffentliche Verwaltung (+)
DtR.....Deutsches Recht (+)
DRiZ.....Deutsche Richterzeitung (+)
DVBl.....Deutsches Verwaltungsblatt (+)
EinlALR.....Einleitung zum preußischen Allgemeinen Landrecht.
FischersZ.....Fischer's Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung (++)
GewO.....Gewerbeordnung i.d.F.v.26.6.1900(RGBl.871)
Gruchot.....Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (++)
GV=GV(O)Bl....Gesetz- und Verordnungsblatt.
GS.....Gesetzessammlung.
HPolG.....Hessisches Polizeigesetz v.10.11.1954 (GVBl S.203)
HRR.....Höchstrichterliche Rechtssprechung (+)
JR.....Juristische Rundschau (+)
JW.....Juristische Wochenschrift (+)
JZ.....Juristenzeitung (+)
KKH.....Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte.
LuftVG.....Luftverkehrsgesetz i.d.F.v.10.1.1959(BGBl I.S.9)
MDR.....Monatsschrift für Deutsches Recht (+)
Motive.....Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich,Bd.II.
NJW.....Neue Juristische Wochenschrift (+)
OBGNW.....Ordnungsbehördengesetz von Nordrhein-Westfalen v.16.10.1956(GS S.155).
PolGBadW.....Polizeigesetz von Baden-Württemberg v. 21.11.1955(GBl.S.249)
PolGBrem.....Polizeigesetz von Bremen v.5.7.1960(GBl S.73)
PolZGBerl.....Polizeizuständigkeitsgesetz für Berlin v. 2.10.1958(GVBl S.959).

PrEisenbG.....Preußisches Eisenbahnges.v.3.11.1838(GS S.505)
Protokolle....Protokolle der Kommission für die 2.Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs,Bd.II.
PrOVG.....Preußisches Oberverwaltungsgericht.
PrPVG.....Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz vom 1.6.1931(GS S.77).
PrVBl.....Preußisches Verwaltungsblatt(++)
PrVerfUrk.....Preußische Verfassungsurkunde vom 31.1.1850 (GS S.17)
PVGBerl.....Bekanntmachung der Neufassung des Polizeiverwaltungsges.v.2.10.1958 f.Berlin(GVBl S.961).
PVGNW.....Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz in der fü den Aufgabenbereich der Polizei geltenden Neufassung f.Nordrhein-Westfalen v.27.11.1953 (GS S.163).
PVGRhlPf.....Polizeiverwaltungsgesetz von Rheinland-Pfalz vom 26.3.1954(GVBl.S.31).
RBHaftpflG....Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten vom 22.5.1910(RGBl.S.798).
Reger.....Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden aus dem Rechtsgebiete der inneren Verwaltung (++).
RGBl.....Reichsgesetzblatt.
RGRK.....Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB.
RGZ.....Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (++).
RHaftpflG.....Reichshaftpflichtgesetz v.7.6.1871(RGBl S.207)
R(Pr)VBl.....Reichsverwaltungsblatt (und Preußisches Verwaltungsblatt) (++)
(st)Rspr.....(ständige) Rechtssprechung.
RVO.....Reichsversicherungsordnung v.19.7.1911 RGBl I S.509).
SächsArch.....Sächsisches Archiv für Rechtspflege (+)
SeuffArch.....Seuffert's Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte (++)
SHaftpflG.....Gesetz über die Haftpflicht der Eisenbahnen u. Straßenbahnen f.Sachschaden v.29.4.1940 (RGBl I S.691)
SJZ.....Süddeutsche Juristenzeitung (+)
SOGNds.....Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit u. Ordnung vom 21.3.1951(GVBl S.79)
StriethArch...Striethorst's Archiv für Rechtsfälle des Königlichen Obertribunals (++)
StVG.....Straßenverkehrsgesetz vom 19.12.1952(BGBl I S 8
VArch.....Verwaltungsarchiv (++)
VersR.....Versicherungsrecht (+)
ViehsG.....Viehseuchengesetz v.26.6.1909(RGBl.I S.519)
VVDStRL.....Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (++)
VwGO.....Verwaltungsgerichtsordnung v.21.1.1960(BGBl I S
VwRspr.....Verwaltungsrechtssprechung in Deutschland(++)
WarneyerRspr..Warneyers Rechtssprechung des Reichtsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts (+)
WasserhG.....Wasserhaushaltsgesetz v.27.7.1957(BGBl I S.111
WV.....Weimarer Verfassung vom 11.8.1919.
ZAkDR.....Zeitschrift der Akademie des deutschen Rechts(
zit.....zitiert.

§ 1 Einleitung.

I. Allgemeiner tatsächlicher Hintergrund.

Die revolutionierenden Umwälzungen der Technik in den letzten hundert Jahren brachten dem Menschen nicht nur ungeahnte Vorteile, sondern auch erhebliche Gefahren, die sich ohne eine unvorstellbare, weitgehende Ausschaltung der Maschine nicht verhindern lassen. Die Allgemeinheit ist auf diese Errungenschaften angewiesen und nimmt dafür die zufälligen, außergewöhnlichen Schäden in Kauf. Wer soll aber das Risiko für diese Schäden tragen? Den Halter der gefährlichen Einrichtung (z.B. des Verkehrsmittels) trifft oft kein Verschulden, der gemeinrechtliche Satz des "casum sentit dominus" entspricht in diesem Bereich nicht mehr der rechtlichen und sozialen Auffassung unserer Zeit. Die Betroffenen erblicken in den nicht voraussehbaren und unabwendbaren Folgen ein Unglück; sie empfinden es als Unrecht und sind meist nicht in der Lage, das volle Risiko zu tragen. Der Gesetzgeber hat diese Lücke durch die Sozialversicherung, insbesondere aber durch die Haftpflichtgesetze teilweise geschlossen (vgl. § 3 A). Danach hat derjenige im begrenzten Umfang für den Schaden einzustehen, der sich der Gefahrenquelle zu seinem Nutzen bedient und sich gegen die Risiken versichern kann.

Mit dem Fortschritt der Technik und der sozialen Sicherung ging eine zunehmende Ausdehnung des hoheitlichen Machtbereiches, vor allem der staatlichen "Daseinsvorsorge" einher, die ihren Abschluß noch nicht gefunden hat [1]. Damit ist aber auch der Irrtum der

---

1) Vgl. Forsthoff VR (8) S.452, 320 ff, 357 ff.

Staatsorgane und das Fehlgehen ihrer hoheitlichen Maßnahmen häufiger geworden. Diese Mängel und die daraus entstehenden besonderen Einbußen der Staatsbürger hat man gelegentlich allgemein mit der Gefährdungshaftung in Verbindung gebracht[2]. Grundsätzlich wird aber dieser Begriff auf die von einem Hoheitsakt ausgelösten außergewöhnlichen und typischen Schäden beschränkt. Hauptbeispiele sind die Verletzung Unbeteiligter bei der polizeilichen Störungsabwehr, die zufälligen Schäden bei der Hilfeleistung in Notfällen und die anomalen Folgen einer staatlich angeordneten oder empfohlenen Schutzimpfung[3]. Die schädigende Maßnahme erfolgt im Interesse der Allgemeinheit; soziale Gerechtigkeit und der Grundsatz der Lastengleichheit aller Bürger fordern, daß das besondere Opfer des Einzelnen aus Mitteln der Allgemeinheit ausgeglichen wird[4]. Die Entschädigung dieser Fälle ist aber im öffentlichen Recht nur teilweise geregelt (vgl.§ 7). Grundsätzlich muß ungeschriebenes Recht herangezogen werden, wobei man sich über die konkrete Rechtsgrundlage nicht einig ist (vgl.§ 2 IV).

II. Ziel der Arbeit.

Da die Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht nicht einheitlich definiert wird und auch die einschlägigen positiven Normen keine genügende Auskunft geben, ist zunächst der Begriff im Vergleich mit der zivilrechtlichen Gefährdungshaftung zu bestimmen. Die gewonnenen Kriterien sollen sich auch am Einzelfall bewähren, eine

---

2) O.Mayer VR (3) S.301; Furler S.414; Giese, Aufopferungsanspruch S.20 - vgl.aber Fahrenkrug S.32; Jaenicke DÖV 1961 S.858 u.Leisner DÖV 1961 S.860.

3) Vgl.Schack DÖV 1961, S.729; Forsthoff VR (8) S.315, 318; Wilke S.55 ff.

4) O.Mayer VR (3) S.295 ff; Forsthoff VR (8) S.317; Reinhardt, Gutachten S.283f.

Ausscheidung von Grenzfällen ermöglichen und das Aufsuchen einer Haftungsgrundlage erleichtern. Dabei ist es unerläßlich, nicht nur die Sondernomen aufzuzeigen, sondern auch auf die Prinzipien der öffentlich - rechtlichen Ersatzleistung einzugehen, ihre wesentlichen Merkmale herauszuschälen und miteinander zu vergleichen. Die Untersuchungen werden ergeben, daß ungeachtet der Rechtsgrundlage für eine Entschädigung von Gefährdungsfällen, nur bei einzelnen positiven Sondertatbeständen von einer öffentlich-rechtlichen "Gefährdungshaftung" gesprochen werden kann.

Da sowohl das Wesen der Gefährdungshaftung als auch der öffentlich - rechtlichen Entschädigung in allgemeinen Grundsätzen unserer Rechtsordnung wurzeln, ist eine Beschränkung auf das Charakteristische dieser Institute geboten. Trotz der fast unüberschaubaren Rechtssprechung und Literatur zu diesem Gebiet soll versucht werden, sämtliche, diese Probleme berührenden Meinungen zu verwerten; dabei kann aber grundsätzlich nur zu den Ansichten Stellung genommen werden, die sich mit den Kernproblemen des Themas befassen oder - evtl. unbewußt - dafür Hinweise geben. Das Hauptanliegen der Arbeit ist eine dogmatische Klärung des Fragenkreises der "Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht".

Während der Ausarbeitung dieses Themas hielten Jaenicke und Leisner auf der Staatsrechtslehrertagung in Freiburg/Br. vom 4. - 7.10.1961 einschlägige Referate über "Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht? Zur Verantwortlichkeit des Staates ohne Verschulden". Ihre Veröffentlichung konnte nicht mehr abgewartet werden. Soweit dies nach den vorliegenden "Leitsätzen"[5] festgestellt werden kann, wurde der Begriff der Gefährdungshaftung nicht eingehender erörtert und die fraglichen Fälle entweder dem Aufopferungs-

---

5) Jaenicke DÖV 1961 S.857 ff; Leisner DÖV 1961 S.859 ff.

anspruch oder der Staatshaftung ohne nähere Prüfung anderer Rechtsgrundlagen eingeordnet.

ERSTER TEIL

Begriff und Wesen der Gefährdungshaftung

§ 2 Entwicklung des Begriffes und Skizzierung des Streitstandes im öffentlichen Recht.

I. Schrifttum:

Schon bei Loening[1] taucht der Gedanke auf, daß die notwendige Übertragung großer Machtmittel auf den Staat die Gefahr rechtswidriger Handlungen mit sich bringe, die der Einzelne aber grundsätzlich ohne Entschädigung hinnehmen müsse. Erst Otto Mayer[2] knüpft daran die Forderung, daß die öffentliche Verwaltung "die Gefahr ihrer gefährlichen Unternehmungen" trage und für den angerichteten Schaden Entschädigung leiste. Dabei unterscheidet er nicht, ob es sich um einen Rechtseingriff oder einen tatsächlichen Eingriff, um eine planmäßige oder zufällige Einwirkung handelt und läßt Verursachung ohne Rücksicht auf Rechtswidrigkeit und Verschulden genügen: Der Staat müsse z.B. entschädigen, wenn abirrende Geschosse eines Militärschießplatzes oder bei einer Verbrecherjagd verletzen, oder wenn der Funkenflug einer Lokomotive Schaden anrichte.

Den Begriff der"Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht" verwendet dann erstmals Furler[3] und zwar für den verhältnismäßig großen Bereich des (rechtswidrig-schuldlosen) Fehlgehens von Staatsorganen. Auch Giese[4] will die Gefährdungshaftung wohl ähnlich verstanden wissen, wenn er

---

1) Loening S.122.

2) O.Mayer VR (3) S.131, 301 f; Entschädigungspfl.S.10 f.

3) Furler S.414.

4) Giese, Aufopferungsanspruch S.20.

für rechtswidrig-schuldlose staatliche Eingriffe den im privaten Recht zum Ausdruck gekommenen allgemeinen Gedanken der Gefährdungshaftung auf das öffentliche Recht entsprechend anwendet. Demgegenüber stellt Fahrenkrug[5] zwar richtig auf eine notwendig typische Gefährlichkeit ab, verneint diese aber für die Ausübung der Staatsgewalt.

Erst Forsthoff[6] bringt eine brauchbare Definition des Begriffs, indem er ihn in Anlehnung an das bürgerliche Recht aus einer "allgemein gefährlichen Staatstätigkeit" heraushebt: Als unmittelbare Folge einer durch hoheitliches Handeln entstandenen, besonderen (individuellen - außergewöhnlichen) Gefahrenlage erwächst einem Dritten, ohne daß wissentlich oder willentlich in seine Rechte eingegriffen, ohne daß die Schädigung zur Erreichung des angestrebten Zieles für notwendig erachtet wird, ein Schaden, dem er sich nicht entziehen kann. Die Gefahrenlage, der der Einzelne freiwillig (wenn auch nicht mutwillig) oder unter Zwang, rechtmäßig oder rechtswidrig, ausgesetzt ist, beurteilt sich von der Gefahrenquelle her (z.B. Seuchen- und Katastrophengebiet). Der Betroffene wird nicht Opfer eines "hoheitlichen Eingriffs", sondern eines Betriebsunfalls, den die Verwaltung nur um den "unmöglichen Preis der Einstellung der Funktion, die den Schaden hervorrief", vermeiden kann. Da die Tätigkeit der Verwaltung der Allgemeinheit zugutekommt, ist ein Ausgleich aus ihren Mitteln billig und gerecht.

---

5) Fahrenkrug S.31 f.

6) Forsthoff VR (2) S.274, wenn er auch noch Dienstbeschädigung, Kriegs- und Tumultschäden als Zufallsschäden einer erhöhten Gefahrenlage dem Gedanken der Gefährdungshaftung zurechnet. - Genauer VR (7,8) S. 315 ff: Beisp.: Verletzung eines Unbeteiligten bei Verbrecherjagd; Infizierung eines zwangsweise eingesetzten Arbeiters in einem Kriegsgefangenenlager; Waldbrand durch Funkenflug einer Lokomotive.

Das übrige neuere Schrifttum[7] erkennt meist an, daß es auch im öffentlichen Recht Gefährdungsfälle gibt und daß ihnen eine besondere vom Staate geschaffene gesteigerte Gefahrenlage eigen ist, weicht aber teilweise - bewußt oder unbewußt - in den sonstigen Begriffsmerkmalen und in der Einordnung von Einzelfällen von der Meinung Forsthoff's ab. Zum Teil wird angenommen, daß zwar kein "E i n g r i f f" vorliegen, das Opfer aber vom Staate in Kauf genommen werden müsse[8]. Gerade aus diesem Moment schließt Fischer[9], daß die Staatstätigkeit in ihrer "Ziel- und Zweckrichtung" schon von vornherein bewußt die Möglichkeit eines solchen Sonderopfers in sich schließt, ein Unterschied zwischen gewollter und in Kauf genommener Schädigung nicht besteht und die sogenannten "Gefährdungstatbestände" nicht unter dem Gesichtspunkt der Gefährdungshaftung beurteilt werden sollten. Manche bezeichnen die Gefährdungsfälle als "mittelbare" (indirekte) Eingriffe[10], andere als "unmittelbare" (direkte) Folge der Gefahr[11]. Bachof[12] sieht ihr Wesensmerkmal nicht im Fehlen eines spezifischen Eingriffs, sondern darin, daß die gefährdende Handlung keineswegs rechtswidrig zu sein braucht, wohl aber sein kann. Aber auch über R e c h t m ä ß i g k e i t oder Rechtswidrigkeit der gefährlichen schädigenden Handlung besteht Streit. Von einzelnen werden alle Schäden aus gefährlicher Tätigkeit als rechtswidrig angesehen, weil nur die Gefährdung,

---

7) Schack, JZ 1956 S.428 u.DÖV 1961 S.729; Katzenstein, Abhandlungen S.29; Barkhau S.84; Wilke S.54; Bachof S.129; Rinck S.13; Jaenicke DÖV 1961 S.858; Bender S.182; Jung S.7; Krause S.18.- a.A.Fischer S.61,63, der darin kein Unterschiedsmerkmal sieht; wohl auch Leisner DÖV 1961 S.859; Richtig Salzwedel ArchöffR 1962 S.94ff.

8) Wilke S.54; Rinck S.13; Lange S.36.

9) Fischer S.61 f.

10) Janssen S. 153 f; Schack JZ 1956 S.428 u.DÖV 1961 S.730: nur indirekte Einwirkungen, die sich nicht rechtlich gegen den Betroffenen richten.

11) Forsthoff VR (8) S.318; Rinck S.13.

12) Bachof S. 117 Anm. 10a.

nicht auch der schädliche Erfolg erlaubt sei[13]. Andere stellen nur auf die erlaubte Tätigkeit ab und betrachten jedes daraus entstehende Opfer als rechtmäßig[14]. Teilweise wird aber auch differenzierend vom Einzelfall ausgegangen[15], oder die Frage als unerheblich, weil in jedem Fall zu entschädigen sei, offengelassen[16]. Auch das Vorliegen einer besonderen Gefahrenlage wird unterschiedlich beurteilt[17].

Die Frage, ob Ausübung h o h e i t l i c h e r Gewalt und damit, ob öffentliches oder privates Recht gegeben ist, taucht vorallem bei den Immissionsfällen auf (z.B.Funkenflug einer Lokomitive, Überfliegen der Geschosse von einem Militärschießplatz oder Beeinträchtigungen durch ein genehmigtes lästiges Unternehmen). Die Stimmen über die Qualifikation dieser Fälle sind recht unterschiedlich. Während die h.M. den aus Immissionen resultierenden Ausgleichsanspruch dem bürgerlichen Recht

---

13) Katzenstein MDR 1952 S.195; Schack MDR 1951 S.265; Stödter,Entschädigung S.47; Furler S.414; Lange S.36, 40; Giese,Aufopferungsanspruch S.55,57; Krause S.14; Fleiner S.291; Weimar JR 1958 S.95; Leisner DÖV 1961 S.859.

14) Wilke S.59; Schack DÖV 1961 S.730 - ohne sich festzulegen; Janssen S.75; Barkhau S.38; Loening S.94; Büchner S.25; Scheuner, Gedächtnisschrift S.340 Anm. 40; Giese, Aufopferungsanspruch S.21; Lührs S.71; Pfetsch S.30; wohl auch Jaenicke DÖV 1961 S.858.

15) Forsthoff VR (8) S.318; Fischer S.57; Bachof S.117 Anm.10a.

16) Schack, Gutachten S.26; Esser, Gefährdungshaftung S.91 Anm.1; O.Mayer VR (3) S.302.

17) So zählen Janssen S.155 und wohl auch Jaenicke DÖV 1961 S.859 sogar Anliegerschäden aus Straßenbauarbeiten oder Verkehrsbeschränkungen hierher. Vgl. dazu Salzwedel ArchöffR 1962 S.104

zuweist [18], und nur wenige die ausschließlich öffentlich-rechtliche Natur des Anspruchs unterstreichen[19], nimmt eine beachtliche Meinung im Schrifttum des Verwaltungsrechtes dann einen öffentlich-rechtlichen Ersatzanspruch an, wenn die an sich zulässige Abwehrklage durch den hoheitlichen Charakter der gefährdenden Einrichtung ausgeschlossen ist[20].

Das Schrifttum ist also von einer einheitlichen Definition des Begriffes noch weit entfernt.

II. Rechtssprechung:

Die Rechtsprechung hat bisher den Begriff der Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht überhaupt nicht verwendet. Zwar hat das RG[21] bei der Verkehrssicherungspflicht, vorallem aber bei den Immissionsfällen, den Gedanken einer Gefährdungshaftung anklingen lassen, den Entschädigungsanspruch aber als privatrechtlich angesehen. Mangels einer ausdrücklichen Entschädigungsnorm zog es zum Ausgleich der Körperschäden, die Privatpersonen bei einem von Staatsorganen angeforderten gefährlichen Einsatz erlitten hatten (z.B. bei einem Brand, oder bei der Bewachung eines Verbrechers - Fälle, die heute weitgehend der "Gefährdungshaftung" eingeordnet werden) das privat-

---

18) Stödter, Entschädigung S.12; Katzenstein, Abhandlungen S.70, 73; Bachof S.121; Wilke S.74; Landmann-Rohmer § 26 Anm.1; Reinhard, Gutachten S.257; Kreft, DÖV 1955 S.518; Furler S.425; Wolff (3) S.321; grundsätzlich auch Hubmann JZ 1958 S.492.

19) O.Mayer, VR (3) S.121f ; Schack JR 1958 S.207 Anm.1, S.208.

20) Giese, Aufopferungsanspruch S.46 f ; Forsthoff, VR (8) S.304, 315; Schack DÖV 1961 S.733.

21) RGZ 54, 53 (56); RGZ 17, 103 f; 100, 69 (74); 104, 81 (84); 147, 353 (354); 159, 68 (72); RG, JW 1907 S.299 f.

rechtliche Institut des Auftrags heran [22]. Erst nach 1945 erkannten die Gerichte bei einzelnen der vom Schrifttum herausgearbeiteten Gefährdungsfälle, z.B. bei Schädigung Unbeteiligter anläßlich einer Verbrecherjagd, insbesondere aber bei schweren Impfschäden, auf eine öffentlich-rechtliche Entschädigung in Gestalt eines Aufopferungsanspruchs[23]. Die Frage der Gefährdungshaftung und des Begriffes schnitten sie dabei nicht an.

III. Gesetze:

Der Gesetzgeber hat nicht einmal die Gefährdungshaftung im Zivilrecht definiert, geschweige denn die öffentlich-rechtliche. In verstreuten gesetzlichen Bestimmungen wird zwar eine Entschädigung für Fälle gewährt, die nach dem Schrifttum überwiegend als Gefährdungsfälle angesehen werden. So ist nach Art.56 Abs.II bayPAG demjenigen Ersatz zu leisten, der bei einer nicht gegen ihn gerichteten polizeilichen Maßnahme Schaden erleidet (z.B. durch ein abirrendes Geschoß bei einer Verbrecherjagd). §§ 51 ff. BSeuchenG gewährt einen Ausgleich für das übliche Maß übersteigende Gesundheitsschäden bei gesetzlich vorgeschriebenen oder durch eine Behörde öffentlich empfohlenen Schutzimpfungen. Auch § 66 Ziff.3 ViehsG sieht Wertersatz für die infolge einer polizeilich angeordneten Schutzimpfung eingegangenen oder getöteten Tiere vor.

Diese wenigen gesetzlichen Regelungen sind zu vereinzelt und zu differenziert, aber auch meistens mit Entschä-

---

22) RGZ 94, 169 ff: Auftrag zum Einfangen eines tollwütigen Hundes; RGZ 98, 195 (197); zweifelnd RGZ 122, 298 (304); RG,JW 1914 S.676: Aufforderung den Teilnehmer einer Schlägerei zu zeigen; RG,JW 1927 S.441.

23) KG West, SJZ 1950, 819 f; OLG Schleswig, NJW 1951, 605 f; BGHZ 9, 83 ff; 18, 286 ff; 31, 187 ff; BGH, NJW 1958, 709; LG Kiel, NJW 1957, 994 f.

digungsfällen verquickt, die vom Schrifttum wegen des "Eingriffs" oder des fehlenden Gefahrenmomentes nicht als Gefährdungstatbestände angesehen werden, als daß sich daraus ein allgemein gültiger Begriff ableiten ließe. Auch tritt die der öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung angeblich wesentliche, besondere Gefahr aus dem Gesetzeswortlaut nicht deutlich genug hervor.

IV. Notwendigkeit einer Klärung.

Der Begriff der Gefährdungshaftung muß daher als noch ungeklärt angesehen werden. Seine Klärung ist aber nicht nur terminologisch wünschenswert, sondern von erheblicher Bedeutung für die Frage, ob und welche Rechtsgrundlage für eine Haftung des Staates in diesen Fällen besteht. Das ist nicht eine Frage des juristischen Geschmacks[24], weil die "Abgrenzung der evtl. verschiedenartigen Haftungstatbestände erst die größere Garantie der Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Einzelfalles bilden kann"[25]. Wenn auch heute die weit überwiegende Meinung seit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 11.4.1933 (RGZ 140, 276 ff) sowohl für rechtmäßige, als auch für rechtswidrige hoheitliche "Eingriffe" eine Ersatzpflicht des Staates anerkennt[26], so besteht bei rechtswidriger Beeinträchtigung von vermögenswerten Rechten Einzelner seit dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 10.6.1952 (BGHZ 6, 270 ff) Streit,

---

24) Forsthoff VR (2) S.274.

25) Reinhardt, Gutachten S.259.

26) Fischer S.49; Peters S.180; Nebinger S.331; Katzenstein MDR 1952, 193; Huber S.37; Forsthoff VR (8) S.310; Schack, Gutachten S.33 - a.A. Stödter DÖV 1953, 139; Scheuner, Verfassungsschutz S.106.

ob Enteignungs-[27] oder Aufopferungsentschädigung[28] zu leisten sei. Vom Staate ungewollt und unverschuldet zugefügte Schäden will die neuere Rechtssprechung nicht mehr nach Enteignungs-, sondern nach Aufopferungsgrundsatzen ausgleichen, wobei sie aber den Aufopferungsanspruch auf Beeinträchtigung nichtvermögenswerter Güter beschränkt[29]. Dabei ist man verschiedener Meinung, ob der Aufopferungsgedanke in § 75 EinlALR unmittelbar[30] oder analog[31] zur Anwendung kommt, ob es sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz[32] oder um Gewohnheitsrecht[33] handelt. Vereinzelt wird eine Ausgleichspflicht für diese Falle überhaupt abgelehnt[34] oder es werden die Normen der Amtshaftung herangezogen[35]. Ein Teil der Lehre nimmt im Anschluß an Forsthoff bei diesen Schäden ein selbstständiges Institut der öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung an[36].

Die Definitionen des Schrifttums lehnen sich ersichtlich an den Begriff der Gefährdungshaftung im bürgerlichen Recht an, wo er seit langem eingebürgert ist und in den Haftpflichtgesetzen eine verhältnismäßig breite Grundlage hat[37]. Von hier aus ist am ehesten eine Klärung des Begriffes zu erwarten.

---

27) So BGHZ 6,270ff; Fischer S.52; Wilke S.47; Weber,Grundrechte S.344.

28) Huber S.37; Barkhau S.84; Dürig JZ 1954,10f; Schack BB 1956, S.409.

29) Davon zu unterscheiden ist der aus der Beeinträchtigung eines immateriellen Rechtsgutes folgende mittelbare(materielle od. immaterielle) Schaden. - Vgl.§ 14 zu Anm.4).

30) Wohlfahrt JR 1935 S.77.

31) Forsthoff VR(5)S.277; Bender S.181.

32) Schack, Gutachten S.22; BGHZ 11,249.

33) Forsthoff VR(8) S.310; BGHZ 6,270(275); 13,88(91).

34) Katzenstein MDR 1952,195;vgl.auch BGHZ 23,235; 31,2.

35) Haas S.60; Leisner DÖV 1961 S.859.

36) Forsthoff VR(8)S.319; Bender(2)S.181/3;z.T.auch v.Turegg S.105; Zeidler,Technisierung S.8,25; Salzwedel ArchöffR 1962 S.103f.

37) Vgl.Wilke S.59f; Schack, Gutachten S.26 Anm.101;Reinhardt, Gutachten S.283,288ff; insbes. Forsthoff VR(8)S.316; Katzenstein MDR 1952 S.195

§ 3 Begriff und Wesen im Privatrecht.

A. Entstehungsgeschichte:

Die Gefährdungshaftung hat ihre systematische Stellung zwischen der reinen Verursachungshaftung und der reinen Verschuldenshaftung. Keine der beiden Haftungsarten hat je ausschließlich gegolten. Selbst das grundsätzlich vom Verschuldensprinzip ausgehende römische Recht kannte eine Ersatzpflicht ohne Verschulden, z.B. die Haftung für Hauskinder, Sklaven und Tiere, für baufällige Häuser und Wasseranlagen[1]. In den germanischen Volksrechten und im deutschen Recht des Mittelalters war die Erfolgshaftung - meist ausgehend von der Haftung für "absichtslose Missetat" - sogar vorherrschend. Die Haftung für Berg- und Wildschaden wurde von da aus in das Preußische Allgemeine Landrecht übernommen und ausgedehnt[2].

Die Gefährdungshaftung als Haftung ohne Verschulden fand erstmals erkennbar ihren Ausdruck in § 25 des preußischen Eisenbahngesetzes von 1838. Aber erst Pfaff und Strohal[3] förderten den neuen und allgemeinen Gedanken des Problems zutage und eröffneten die Untersuchungen über seinen Rechtsgrund. Die noch sehr mit dem Verschuldensprinzip verhaftete Rechtssprechung begründete die Haftung des Eisenbahnunternehmers zunächst aus einer notwendig kulposen Handlungsweise (unwiderleglich vermutetes Verschulden)[4]. Adolf Merkel, Unger, Müller-Erzbach finden,

---

1) Bienenfeld S.13, 16, 45 f (mit Quellenangaben); Rümelin S.8; Müller-Erzbach S.180 f, 187 ff; Esser, Gefährdungshaftung S.47.

2) Bienenfeld S.14 f (mit Literaturhinweisen), 18, 19, 27; Müller-Erzbach S.228, 238, 258 ff; Esser, Gefährdungshaftung S.46, 48.

3) Pfaff S.43 ff, Strohal S.146 ff der Gutachtensammlung Pfaff, Ronda, Strohal, 1881 - zitiert nach Bienenfeld S.43.

4) OAG München vom 16.4.1861 in Seuff.Arch.14 Nr.208 - a.A. bereits RGZ 17, 103 vom 7.12.1886; vgl. Ebert S.2!

wenn auch mit Variationen, den Rechtsgrund der Haftung in der Verfolgung eigener berechtigter Interessen zum Schaden anderer[5]. Die Interessenabwägung spielt auch im übrigen Schrifttum eine Rolle, wird aber dahin konkretisiert, daß für unabwendbare Schäden aus typischen und vergleichsweise außergewöhnlich gefährlichen, aber für das Gemeinwohl nützlichen und darum erlaubten Tätigkeiten derjenige haften soll, der die Gefahr ausgelöst hat, sie beherrscht und aus ihr seine Vorteile zieht[6]. Diese Wesensmerkmale gelten heute als ziemlich unangefochten[7], wenngleich dieselben Tatbestände vereinzelt auch als bloße Verursachungshaftung bezeichnet werden[8]. Ebenso einig ist man sich aber auch darüber, daß die Gefährdungshaftung nicht auf Grund eines allgemeinen, ungeschriebenen Rechtssatzes für alle Gefährdungsfälle eintritt, sondern nur bei bestimmten Risikolagen auf Grund einer ausdrücklichen, positiven Norm neben die grundsätzlich geltende Verschuldenshaftung tritt[9]. Der Gesetzgeber hat denn auch allgemein anerkannte Gefährdungstatbestände in Sondervorschriften geregelt: So haftet der Halter von "Luxustieren" gemäß § 833 Abs.I S.1 BGB für jeden durch das Tier verursachten Schaden, die Jagdgenossenschaft, bzw. der Jagdausübungsberechtigte für Wildschaden (§§ 29 ff BJagdG), der Betriebsunternehmer einer Eisenbahn oder Straßenbahn für die bei ihrem Betrieb verursachten Personenschäden oder Sachschäden (§ 1 RHaftpflG und § 1 SHaftpflG); ebenso der Kraftfahrzeug- und der Luftfahr-

---

5) Müller-Erzbach S.44,62f; weitere Literaturangaben s. Rinck S.4.

6) Rümelin S.31f, 45; Esser, Gefährdungshaftung S.97, 111f.

7) Rinck S.4.

8) Boehmer MDR 1958, 288.

9) Rümelin S.74; Rinck S.6; Boehmer MDR 1958 S.290; Leonhard S.667 ff; RGZ 147, 355f (mit Ausnahme der Immissionsschäden); ebenso BGHZ 16, 370ff.

zeughalter (§ 7 StVG, § 33 LuftVG); der Inhaber einer Elektrizitäts- oder Gasanlage muß den Schaden ersetzen, der auf die Wirkungen der Elektrizität oder des Gases zurückzuführen ist (§ 1 a RHaftpflG), der Inhaber einer Kernreaktoranlage oder der Besitzer eines radioaktiven Stoffes hat für die zerstörenden Einwirkungen eines Kernspaltungsvorganges einzustehen (§§ 25 ff AtomG). Es soll zunächst versucht werden, aus den Tatbeständen dieser Normen und ihren Grundgedanken eine allgemeingültige Begriffsbestimmung der zivilrechtlichen Gefährdungshaftung zu gewinnen.

B. Heutige Rechtslage.

I. Wortsinn:

Der Sinn des Wortes "Haftung" steht nicht eindeutig fest, insbesondere ist bestritten, ob es auch eine Haftung ohne Schuld i.S. eines "Leistensollens" gibt. Bei der "Gefährdungshaftung" versteht man darunter aber unstreitig, "daß jemand für ein bestimmtes Verhalten oder für bestimmte Gefahren in der Weise verantwortlich ist, daß er dem dadurch Geschädigten Ersatz zu leisten", für den Schaden einzustehen hat; die Gefährdungshaftung verlangt also eine Ersatzpflicht, eine Schuld im obigen Sinn[10]; Gefährdung ist die mehr oder minder nahe Möglichkeit eines Schadenseintritts, d.h. einer Einbuße an materiellen oder ideellen Rechtsgütern[11]; nach dem Wortsinn kann diese sowohl abstrakt, als auch konkret sein.

---

10) Larenz (5) I S.16; Enneccerus-Lehmann (15) II S. 11f.

11) Enneccerus-Lehmann (15) II S.58; Larenz (5) I S.143; Mezger (8) I S. 81.

II. Einzelne Merkmale des Instituts:

1. Verursachung:

Jede Haftung setzt voraus, daß das haftbar machende Verhalten oder Ereignis für den schädlichen Erfolg in einer Weise ursächlich war, daß dieses nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiele[12]; so kann der Betrieb einer Eisenbahn Ursache eines Personen- oder Sachschadens sein. Dieser Ursachenbegriff ist für das Zivilrecht, wo der Schaden entweder nicht (gerade bei der Gefährdungshaftung), oder nicht in seinem ganzen Umfang voraussehbar ist, ungeeignet. Dem trägt die A d ä q u a n z t h e o r i e von Kries' in der Fassung Traeger's Rechnung. Diese Theorie beseitigt nicht den Kausalzusammenhang, sondern die Zurechenbarkeit für die Folgen eines Ereignisses, die nach der Lebenserfahrung ganz unwahrscheinlich sind und mit denen daher nicht gerechnet zu werden braucht, Dabei sind maßgebend "alle z.Zt. des Eintritts der Begebenheit dem optimalen Beobachter erkennbaren Umstände und die dem Urheber der Bedingung darüberhinaus noch bekannten Umstände". Nicht nötig ist die vorausschauende, individuelle Erkenntnismöglichkeit des Urhebers (v.Kries) - sie wäre, vor allem für die Gefährdungshaftung, auch zu eng; nicht ausreichend, weil zu weit, ist das ex post vorhandene, generelle und objektive Erfahrungswissen (Rümelin)[13]. Adäquat kausal sind ohne Zweifel die unmittelbaren, grundsätzlich aber auch die mittelbaren Folgen einer Rechtsgutsverletzung, z.B. die Auswirkungen

---

12) So die im Strafrecht geltende Äquivalenztheorie von Buri's; vgl. Enneccerus-Lehmann (15) II S.63 ff.; Staudinger (9) § 249 Vorb.IV.

13) Traeger, Kausalbegriff im Zivil- und Strafrecht 1904, S.159 - zitiert nach BGHZ 3, 261 (266); Larenz (5) I S.148; Enneccerus-Lehmann (15) II S.62 ff; Ebert S.11

eines Sturzes als Folge einer durch den Unfall geschwächten Konstitution, die Folgen eines ärztlichen Kunstfehlers; inadäquat ist dagegen, wenn der Verletzte im Krankenhaus angesteckt wird[14].

Jede Gefährdungshaftung ist Verursachungshaftung oder Erfolgshaftung i.S. der Adäquanztheorie. genauso wie die Verschuldens- und Bereicherungshaftung; umgekehrt ist aber nicht jede Kausalhaftung Gefährdungshaftung. Der Begriff der"Verursachung" ist zur Abgrenzung und als Rechtsgrund der einzelnen Haftungsarten ungeeignet, weil jede Einstandspflicht eine adäquate Verursachung eines Schadens voraussetzt, zu ihr aber noch weitere Zurechnungsgründe hinzutreten müssen[15], (z.B.: ein Eingriff: §§ 228, 231, 904 BGB; §§ 302 IV 3, 717, 945 ZPO; ein Verschulden: §§ 823, 826 BGB; oder einer typische Gefahr: s.§ 3 B II 5).

2. Gezielter "Eingriff" (Finalität)?

Der die Gefährdungshaftung auslösende Schaden führt im Gegensatz zur Bereicherungshaftung immer auf ein menschliches Handeln (ein Tun oder Unterlassen) zurück. Menschliches Handeln ist aber immer zweckbestimmtes, zielgerichtetes Tun. Die Ausrichtung auf einen bestimmten Erfolg beherrscht den inneren Vorgang der Willensbildung und den äußeren der Willensverwirklichung und unterscheidet dadurch die Handlung vom bloßen Kausal- (Natur-) -geschehen. Das ohne Bewußtsein oder durch unwiderstehlichen Zwang (vis absoluta) erfolgte menschliche "Verhalten" ist keine Handlung. Auch der Eintritt des vorgestellten Erfolges ist für den ontologischen (vorgegebenen) Handlungsbegriff nicht wesentlich; we -

---

14) Enneccerus-Lehmann (15) II S.66, 68ff.

15) Esser, Schuldrecht S.232; Bienenfeld S.94f, 98, 125; Larenz (5) II S.425; Rümelin S.17

sentlich ist nur ihr finaler Charakter[16]. So will sich der Halter eines Tieres oder Verkehrsmittels, oder der Inhaber einer Elektrizitäts- oder Gasanlage und für ihn der die Herrschaftsgewalt Ausübende die Sache oder Einrichtung durch Gebrauch nutzbar machen, obschon er sich die Risiken vorstellt und die allgemeine Möglichkeit daraus entstehender Schäden bewußt in Kauf nimmt. Insoweit ist auch "eine Zurechnung zum Willen" des Verantwortlichen vorhanden[17]. Daß diesem Willenselement eine entscheidende Bedeutung zukommt, ergibt sich auch daraus, daß vom Verantwortlichen ein Herrschaftsverhältnis von gewisser Dauer über Tier oder Kraftfahrzeug verlangt wird[18], und daß der Halter des Kraft- oder Luftfahrzeuges nicht haftet für die von ihm unverschuldete Benutzung des Verkehrsmittels durch unbefugte Dritte (§§ 7 III StVG, 33 II LuftVG). Der Verantwortliche und der unmittelbar Handelnde wollten aber nicht den Schaden im konkreten Fall; sie hofften vielmehr, er würde nicht eintreten, sonst würden sie anders gehandelt oder Schutzvorkehrungen getroffen

---

16) Darüber ist man sich im Zivil- und Strafrecht einig - Vgl. Larenz, Vertrag und Unrecht II S.10 f; Esser, Schuldrecht § 52, 4; Bienenfeld S.187; Binding II 1, S.85, 92; Mezger (8) S.47; - die Finalisten im Strafrecht (Maurach AT S.470; Niese JZ 1956, 458; Welzel (7) S.28 ff), sowie Enneccerus-Nipperdey (15) I S.1301 im Zivilrecht wollen lediglich im Gegensatz zur h.M. die Finalität nicht bei der Schuld, sondern bei der Tatbestandsmäßigkeit prüfen.

17) Esser, Gefährdungshaftung S.91, 94; Larenz (5) II S.426 Anm.1; Feith S.43 - a.A. Hannak S.17, der zu Unrecht jeden menschlichen Einfluß auf die von ihm sog."gefährliche Kraft" verneint. - Aber nur der Mensch kann solche Kräfte auslösen und nur das Einstehen für menschliches Verhalten, nicht für reine Naturvorgänge ist sinnvoll.

18) Feith S.43; Larenz (5) II S.427, 433.

haben[19]. Wie sich aus §§ 9, 9a RHaftpflG, § 42 LuftVG, § 16 StVG ergibt, ist der Halter auch für vorsätzliche Schädigungen nach diesen Sondergesetzen verantwortlich. Hierbei handelt es sich aber ihrem Wesen nach nicht mehr um eine Gefährdungshaftung. Die Gefährlichkeit des modernen Verkehrsmittels, der Elektrizitäts- oder Gasanlage beruht gerade darauf, daß die erheblichen Schäden ungewollt eintreten. Das Verkehrsmittel in der Hand des bewußt Verletzenden ist nicht gefährlicher als die Schußwaffe oder ein Explosivstoff.

Der Gefährdungshaftung ist daher das Fehlen einer bewußten, "finalen" Schädigung wesentlich. Das Schlagwort "fehlender Eingriff" ist zwar vom Wortsinn her einigermaßen geeignet, das mangelnde finale Element der Verletzung auszudrücken[20], es wird aber im Schrifttum meist unterschiedslos für gewollte und ungewollte, insbesondere fahrlässige Beeinträchtigungen verwendet[21], so daß man zweckmäßig von einem n i c h t f i n a l e n, ungewollten Eingriff spricht. Dagegen ist der Begriff des mittelbaren (indirekten) Schadens im Gegensatz zum unmittelbaren für die Gefährdungshaftung nicht charakteristisch, weil man darunter eine erst später oder nicht am Schadensobjekt selbst (durch Zwischenglieder) entstandene nachteilige Veränderung versteht (z.B. den entgange-

---

19) Unrichtig Fischer, S 56, der darin einen Fall des "dolus eventualis", also der finalen Schädigung sieht. Beim "dolus eventualis" will der Handelnde aber die Tat unter Einschluß des als möglich vorgestellten bestimmten Erfolges. Er sagt sich nach der Frank'schen Formel: "Mag es so oder so sein, jedenfalls handle ich". - Vgl. Welzel (7) S.60; Larenz (5) I S.203; Soergel-Siebert (9) § 276 Anm.5.

20) Lerche DÖV 1961, 490.

21) Vgl. Esser, Schuldrecht § 47, 1a, § 59, 5; Larenz (4) II S.358, 360; Hubmann JZ 1958; 492; dies gilt vorallem im öffentlichen Recht (vgl. § 4 II!)

nen Gewinn, § 252, oder die Schäden nach §§ 842 ff BGB)[22]. Die Unglücksfälle der Gefährdungshaftung lösen in erster Linie gerade einen unmittelbaren Schaden an Körper, Gesundheit oder Sachwerten aus, nicht immer einen mittelbaren. Nur wenn man mit dem Begriff der "M i t t e l b a r k e i t" eine hinsichtlich der Verletzung fehlende Zielrichtung des Handlungswillens verbindet, zeigt sich ein, allerdings auch den fahrlässigen Schädigungen eigenes Merkmal dieses Instituts.

Die unbewußte, nicht finale Schädigung unterscheidet die Gefährdungshaftung zwar von der Eingriffshaftung (vgl. § 3 B II 1!) und der dolosen Verschuldenshaftung (§§ 823 ff BGB) nicht aber von der weitaus häufigeren Verantwortung aus fahrlässigem Verhalten und ist daher allein kein ausreichendes Kriterium.

3. Rechtswidrigkeit:

Die Normen der Gefährdungshaftung treffen keine Bestimmung über Recht oder Unrecht[23] der aus dem riskanten Unternehmen erwachsenen Verletzungen. Die Haftung tritt unabhängig von einer solchen Bewertung ein. Die heftig umstrittene Frage[24] ist aber von Bedeutung für die Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht[24a].

Unzweifelhaft ist die nicht zum Schaden führende gefährliche Tätigkeit erlaubt. Nach wohl h.M. schlägt

---

22) Vgl.Soergel-Siebert (9) §§ 249 ff Anm.9: Enneccerus-Lehmann (15) II S.60; Larenz (5) I S.144. Dieser Unterschied wird hauptsächlich im öffentlichen Recht hervorgehoben -(vgl. § 4 zu Anm.10!) S.BGH,DÖV 62,544.

23) Ein Unterschied zwischen "Rechtswidrigkeit", "Widerrechtlichkeit" und "Unrecht" ist nicht ersichtlich - Vgl.H.A.Fischer S.92; Mezger (8) S.84. - a.A. Welzel (7) S.54 f; Engisch, Festschrift S.402.

24) Vgl. Angaben bei v.Caemmerer S.49 f.

24a) Dort wird z.T.eine Haftung f.rechtswidrige Schädgg.überhaupt abgelehnt(§2Anm.26) oder f.Gefährdungsfälle Amtshaftungsrecht angewendet(vgl.§10 Anm.6).

sie aber dann in eine rechtswidrige um, wenn sie sich zu einem schädlichen Erfolg konkretisiert, und zwar auch bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt[25]. Dagegen wird eingewendet, daß nur ein menschliches Verhalten den "Vorwurf" der Rechtswidrigkeit verdiene und auch dann nur, wenn es sich von vornherein als Unrecht erweise: Das erlaubte Tun werde nicht deswegen nachträglich rechtswidrig, weil ein Schaden eingetreten sei. Die Rechtsordnung verlange vom Einzelnen nur die Einhaltung der im Verkehr erforderlichen (objektiv möglichen) Sorgfalt, nicht die Schadensverhütung als solche[26]. Da die Fahrläßigkeit im Zivilrecht auch in diesem Sinn, also objektiv verstanden wird[27], ist damit aber bei fehlenden Schuldausschließungsgründen mit der Rechtswidrigkeit zugleich die Fahrläßigkeit festgestellt. Konsequenterweise muß dann in der Regel die Schuldprüfung entfallen[28], oder man nimmt an, daß § 276 Abs.I S.2 BGB die Rechtswidrigkeit umschreibt, der Fahrläßigkeitsbegriff aber die Beachtung der dem Handelnden individuell mög-

---

25) Vgl. Motive II S.725f; Protokolle II S.569; Stoll JZ 1958 S.139ff; Soergel-Siebert (9) § 276 Anm.20; RGRK (11) § 823 Anm.32; Palandt (20) § 823 Anm.7A; Larenz (3) II S.358 (a.A. noch Vertrag und Unrecht II S.17ff); Hubmann JZ 1958, 492f; Mezger (8)IS. 83f, 90; Maurach AT S.474; RGZ 101, 105; 159, 75 u.a. - vgl. Anm.24 u. Larenz (5) II S.376ff.

26) Enneccerus-Nipperdey (15)I 2, S.1284; 1291 Anm.58, S.1295; Esser, Schuldrecht § 53,1 § 201,2 (a.A.noch Gefährdungshaftung S.76,91); Müller-Erzbach S.37; Binding II 1 S.243f; v.Caemmerer S.127; Welzel (7) S.37, 113; Engisch, Festschrift S.417ff;vgl.BGHZ24,26, der aber inkonsequent seinen Anspruch auf unvermeidbare Schäden im Verkehr beschränkt.

27) So RG in st.Rspr., BGHZ 24.27 u. h.L. - a.A.Nipperdey NJW 1957, 1780; zweifelnd auch Soergel-Siebert (9) § 276 Anm.17ff.

28) So wohl v.Caemmerer S.128; Niese JZ 1956, 461 - a.A. BGHZ 24, 27.

lichen(subjektiven) Sorgfalt verlange[29].

Die Rechtsordnung will die Rechtsgüter schützen und die diesen drohende Verletzung verhindern. Ein Verstoß gegen dieses Prinzip widerspricht grundsätzlich auch dann dem Recht, wenn der Störer nicht schuldhaft gehandelt hat. Das BGB hat auch "objektives", nur auf das äußere Verhalten der Menschen abstellendes Unrecht anerkannt. Dies ergibt sich aus der gesonderten Erwähnung des Wortes "widerrechtlich" neben den Schuldformen in § 823 Abs.I BGB, aus der unstreitigen Zulassung einer Beseitigungs- oder Unterlassungsklage bei nur objektiv rechtswidrigen Beeintrachtigungen in den Fällen der §§ 12, 862, 1004 etc.BGB. Auch die Besitz- und Notwehr setzt ein bloß objektiv widerrechtliches Handeln voraus (§§ 227 II, 858 I, 859 BGB)[30]. Aus diesen Normen folgt, daß nach dem Willen des Gesetzgebers jedenfalls solche Einwirkungen, die ein absolutes Recht i.S.des § 823 I BGB unmittelbar(und nicht nur mittelbar,durch Hinzutreten entfernter Zwischenursachen) beeinträchtigen, ohne Rücksicht auf sozialadäquates oder sorgfältiges Verhalten rechtswidrig sind; denn gegenüber einem rechtmäßig, nicht unmittelbar Verletzenden steht dem Betroffenen ein Abwehrrecht nicht zur Seite[31].

Folgt aber daraus für § 823 Abs.I BGB, daß jede unmittelbare Beeinträchtigung der dort geschützten Rechte objektives Unrecht ist, so ist damit auch die Rechtswidrigkeit bei den insoweit gleichgelagerten Gefährdungstatbeständen festgestellt. Denn die Rechtsordnung ist eine Einheit: Was in einem seiner Bereiche als rechtswidrig (oder recht -

---

29) So Nipperdey NJW 1957 S.1780; richtig abgelehnt von Stoll, JZ 1958 S.140; Larenz (5)I S.210.

30) Vgl.vorallem Stoll JZ 1958 S.139; Larenz(5)I 211, II 376.

31) Während die h.M (vgl.Anm25) bei jeder Verletzung irgendeines geschützten Rechtsgutes Rechtswidrigkeit annimmt, beschrankt sie Lehmann, Festschrift S.188, auf absolute Rechte und Larenz (5) I S.214, II S.376ff (a.A.noch 4.Aufl.) daran anschließend noch zudem auf unmittelbare, zum äußeren Handlungsablauf gehörende Einwirkungen (dort auch weitere Lit.-Hinweise).

mäßig) anerkannt ist, gilt auch in anderen Bereichen als rechtswidrig (oder rechtmäßig)[32]. Weil ein und dasselbe Ereignis nicht verschieden bewertet werden kann, verbietet es sich schließlich, ein Verhalten dem Verletzten gegenüber als widerrechtlich, vom Standpunkt des Verletzenden aus als berechtigt anzusehen (vgl.§ 4 Anm.35).

Da im Zivilrecht, anders als im Strafrecht, nicht die Sühne, sondern Schadensabwehr und Schadensausgleich im Vordergrund stehen, ist mit dem Unrechtsurteil noch keine Diffamierung des Handelnden verbunden[33]. Das so verstandene Urteil stellt eben nicht auf die dem Einzelnen mögliche Sorgfalt ab, sondern auf die Sorgfalt desjenigen, "dessen Handlung nicht zur Schädigung führt"[34]. Entscheidend ist, daß der Verletzende ohne besonderen Rechtfertigungsgrund nicht hätte handeln dürfen, wenn er den Erfolg vorausgesehen hätte.

Allerdings ist zuzugeben, daß man bloße Tatsachen und Zustände ohne einen erkennbaren entsprechenden Willen des Gesetzgebers nicht als rechtswidrig bezeichnen kann, sondern nur ein für den Schaden adäquat kausales[35] menschliches Verhalten mit dem Attribut der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit zu belegen ist.

---

32) H.A.Fischer S.117; StollJZ1958 S.143; Welzel (6) S. 48; Mezger (8) S.84; die im Strafrecht vertretene Gleichsetzung von objektiver Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit (vgl.Welzel (6) S.113; Engisch, Festschrift S.417!) geht von der Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Unrecht aus (vgl.Anm.23!), ist im übrigen nicht herrschend und wird insbesondere von der Rechtssprechung nicht vertreten.

33) Stoll JZ 1958, 142; Larenz (3) II S.365; Maurach AT 474; Lehmann, Festschrift S.189.

34) Soergel-Siebert (9) § 276 Anm.19.

35) Lehmann, Festschrift S.189; dagegen lassen v.Caemmerer S.132 u.Engisch, Festschrift S.417 den adäquaten Kausalzusammenhang nicht genügen.

Aber in den Gefährdungsfällen löst ein menschliches Verhalten den Schaden aus. Das Tier und der ohnmächtige Fahrzeugführer können nicht handeln; die Rechtswidrigkeit des angerichteten Schadens ergibt sich aber aus der Beziehung zum vorangegangenen menschlichen Verhalten: der bewußten Benutzung des Tieres oder der Maschine; eine sofortige Folge von Handlung und Verletzung ist, wie auch sonst im Schadensrecht, nicht erforderlich[36]. Dadurch unterscheiden sich die Gefährdungsschäden, die man trotz des Unrechtes als Unglück bezeichnen kann, von den irrelevanten Naturereignissen[37]. Die Betriebshandlung ist objektiv fehlerhaft im Vergleich zur objektiv (wenn auch nicht subjektiv) möglichen störungsfreien Tätigkeit. Dabei besteht kein Unterschied zwischen einem nicht schuldhaften menschlichen Versagen und einem Fehler der Maschine oder der "Willensbildung" des Tieres. Die nur auf eine vorwerfbare menschliche Unzulänglichkeit oder einen Sachmangel abstellende Betrachtungsweise vermengt objektive und subjektive Elemente, ohne klare Kriterien zu liefern[38]. Der Einwand, das erst mit dem Erfolg einsetzende, nachträgliche Rechtswidrigkeitsurteil verstoße gegen die der Rechtsordnung eigene "Vorplanung menschlichen Verhaltens"[39], ist an das subjektive Merkmal des Verschuldens adressiert, nicht an die objektiv zu bewertende Widerrechtlichkeit. Der Rechts-

---

36) So richtig H.A.Fischer S.98, 107 f; Stoll JZ 1958, S.142.

37) Vgl.Esser, Gefährdungshaftung S.91 - dies verkennen BGHZ 24, S.26; Rinck S.13; Zeuner JZ 1961, S.42 f; v.Caemmerer S.127 f.

38) Abzulehnen daher Zeuner JZ 1961, 43 f; Bienenfeld S.250 ff - Wie soll der Notwehrübende hier die Rechtswidrigkeit feststellen können; diese ist aber entgegen Enneccerus-Nipperdey (15) I 2, S.1296 für § 227 BGB erforderlich.

39) Zeuner JZ 1961, 43.

ordnung bleibt es unbenommen, über ein Verhalten "ex ante" oder "ex post" zu urteilen. Im übrigen müssen auch die Gegenmeinungen den schädlichen Erfolg für das Urteil der Rechtswidrigkeit in den Fällen mitheranziehen, in denen nicht bereits der Versuch oder die Gefährdung von der Rechtsordnung verboten sind - und das sind die meisten Schadensfälle.

Von dem sicher "rechtmäßigen Gesamtbetrieb" ist eben die einzelne Betriebshandlung zu unterscheiden, die die unmittelbare und daher allein tatbestandserhebliche Ursache des mißbilligten Erfolges darstellt[40]. Jener ist erlaubt, diese nicht[41].

Nicht der Schaden allein, sondern dieser zusammen mit dem ihn adäquat verursachenden menschlichen Verhalten ist rechtswidrig. Die Schädigung wird nur dann zu einer erlaubten, wenn die Rechtsordnung einen Unrechtsausschließungsgrund bereitstellt. Die Zulassung des gefährlichen Betriebes rechtfertigt hier ebensowenig, wie das verkehrsmäßige Verhalten, weil beides nur die ordnungsgemäße Betriebshandlung, nicht auch den durch sie verursachten Schaden im Auge hat. In Frage kommen aber die Unrechtsausschließungsgründe der §§ 227 f, insbesondere 904 BGB, sowie der auch im Zivilrecht anerkannte übergesetzliche Notstand[42].

---

40) Maurach AT S.474.

41) Larenz (3) S.364; Stoll JZ 1958 141; Hergt S.27 f; Katzenstein, MDR 1952, S.195; Hubmann JZ 1958 S.493 - Bezeichnend ist übrigens, daß die Gegenmeinungen die Schädigung niemals als rechtmäßig, sondern immer nur als "nicht rechtswidrig" ansprechen.

42) Entgegen der h.M. gilt dies auch bei fehlendem Eingriffswillen, wenn nur die Handlung auf Grund der Güterabwägung geboten und in Ausübung des Notrechtes vorgenommen wurde. So auch Maurach AT S.476; Welzel (6) § 18 III - a.A. Soergel-Siebert (9) § 904 Anm.9; Staudinger (11) § 904 Anm.14; BGH, VersR 1955 S.10; OLG Frankfurt, NJW 1950 S.119. Richtig OLG Hamm, NJW 62, 1169.

Da die Rechtswidrigkeit auch der Verschuldenshaftung eigen ist, liefert sie dieser gegenüber kein Unterscheidungsmerkmal. Sie ist auch ebensowenig wie die Verursachung oder der Schaden (vgl. § 3 B II 1!) entscheidender Haftungsgrund[43]. Die Ersatzpflicht kann, wie die sogen. Eingriffshaftung (z.B. § 904 BGB) und gerade die Gefährdungshaftung im Zivilrecht zeigen, auch bei Rechtmäßigkeit eintreten. In jedem Fall muß zur Verursachung oder zur Rechtswidrigkeit (soweit diese erforderlich) die Schuld oder ein sonstiges berechenbares Tatbestandsmerkmal dazukommen.

4. Verschulden:

Das Oberappellationsgericht München erblickte in seiner Entscheidung vom 16.4.1861[44] im Betrieb einer Eisenbahn, die einen Brandschaden verursachte, eine "kulpose Handlung", weil "der Handelnde wissen mußte, daß sein Tun einen Schaden verursachen könne und er trotzdem die Handlung vornehme"; das läuft auf eine Schuldvermutung hinaus. Noch 1938 nahm das RG (RGZ 159, 75) bei unvermeidbarer Zuführung von giftigen Abgasen eines Hüttenwerkes auf benachbarte Grundstücke ein schuldhaftes Verhalten an, wenn eine naheliegende Schädigung ersichtlich war. Diese Ansicht ist abzulehnen. Mit dem Schuldurteil ist der Vorwurf der vermeidbaren Schädigung verbunden. Vermeidbar ist die Rechtsverletzung aber grundsätzlich nur um den Preis der im Gemeininteresse unerwünschten Betriebseinstellung. Die staatliche Sanktion befreit den Betriebsunternehmer bei regulären Folgen vom Schuldvorwurf[45].

---

43) Daher unrichtig Enneccerus-Nipperdey (15) I 2 S. 1286.

44) Seuff.Arch.14, S. 357 - a.A. RGZ 17, 103; vgl.auch Ebert S.2 f; Rinck S.7; Rümelin S.22.

45) Esser, Gefährdungshaftung S. 97; Müller-Erzbach S.15; Rümelin S. 21 ff; RGZ 78; 172 u.a.; Maurach AT S.474.

Im Einzelfall kann aber die zum schädlichen Erfolg führende Gefährdungshandlung durchaus schuldhaft sein. Die Haftpflichtgesetze regeln auch unterschiedslos Gefährdungs- und Verschuldenstatbestände, schließen letztere nicht aus[46]. Der zumindest eventuell gewollten[47] aussergewöhnlichen Beeinträchtigung von geschützten Interessen ist aber nur die Verwirklichung des verwerflichen Willens eigen, nicht die Konkretisierung einer typischen Gefahr. Vorsätzliches Verhalten, sei es des Halters oder Fahrzeugführers, ist der eigentlichen Gefährdungshaftung fremd[48]. Ähnlich verhält es sich mit der Fahrlässigkeit, die als Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verstanden wird[49]. Zwar ist in diesem Bereich der Sorgfaltsmangel weitgehend bedingt durch die spezielle Schadensgeneigtheit des Verkehrsmittels und kann nur in Verbindung mit dieser Gefahr zu den sich mehrenden, massierten und gravierenden Schäden führen. Diese Gefahr ist aber für die Haftung des Halters neben seiner Fahrlässigkeit unerheblich[50]: Auch wenn sie fehlte, würde

---

46) Beweis: §§ 9, 9a RHaftpflG, § 42 LuftVG; § 16 STvG. Vgl.auch BGH, NJW 1956, 748.

47) So die h."Willenstheorie"; während die"Vorstellungstheorie" die Voraussicht des Erfolges genügen läßt - vgl.Enneccerus-Nipperdey (15) II 2 S.1302.

48) Vgl.§ 3 B II 2! - Die Tierhalterhaftung des § 833 BGB tritt sowieso nur bei natürlichem, nicht menschlich gelenktem Verhalten des Tieres ein - vgl.Larenz (2)II S.387!

49) So die h.M.- Vgl.RGRK (11) § 276 Anm.29; Larenz (5)I S.205ff; Heck S.78; Soergel-Siebert (9) § 276 Anm.17 f; insbes.RGZ 119,400; BGHZ 24,28 - Da die Praxis auf die typischen Kenntnisse der Personengruppe des Schädigers abstellt, handelt es sich allerdings um kein reines Verschulden. Abgesehen von der Definition des § 276 I 2 spricht aber das Verkehrsbedürfnis für den objektiven Fahrlässigkeitsbegriff.

50) Vgl.dazu Böhmer,VersR 1961,495; Larenz (5) II434 f. Abzulehnen Hannak S.20, der den Fahrlässigkeitsbegriff bei den Gefahren der modernen Technik überhaupt ausschalten will.

die Ersatzpflicht nach Deliktsrecht (§ 823 I BGB) eintreten. Anders ist es bei fahrlässigem (nicht vorsätzlichem) Verhalten desjenigen, der die tatsächliche Gewalt über die gefährliche Sache für den schuldlosen und daher nicht nach § 831 BGB haftbaren Halter ausübt: Hier trifft den Inhaber die Einstandspflicht, weil er diesen Gegenstand in Betrieb gesetzt und damit eine Gefahrenquelle geschaffen hat; also eine Gefährdungshaftung[51]. Abgesehen von diesen Ausnahmefällen begründet aber fahrlässiges Verhalten trotz ihrer Regelung in den Haftpflichtnormen keine Gefährdungs-, sondern Verschuldenshaftung.

Die Gefährdungshaftung zeichnet sich daher aus durch das fehlende Verschulden des Ersatzpflichtigen. Das Fehlen der Schuld des Haftenden hat sie gemein mit der Einstandspflicht für rechtmäßiges Verhalten. Von dieser unterscheidet sie sich außer durch die eventuelle Rechtswidrigkeit auch durch das bereits in ihrem Begriff zum Ausdruck kommende Merkmal der Gefahr.

5. Gefährdung und Schadensausgleich.

Weder die grundsätzlich geltende Verschuldenshaftung, noch die nirgends rein durchgeführte Verursachungshaftung geben einen Zurechnungsgrund ab für die verstreuten, aber doch nicht unbedeutenden Fälle von "Haftungen ohne Verschulden". Auf der Suche nach ihrem Rechtsgrund wurde auch der von Max Rümelin geprägte Begriff der "Gefährdungshaftung" bemüht. Teilweise rechnete man ihm zu: das Fehlgehen der Willenserklärung und die irrtümliche Selbsthilfe im Falle der §§ 122, 131 BGB, die Schädigung durch das Organ, den Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen oder den Unzurechnungsfähigen (§§ 31, 89, 278, 831, 829 BGB),

---

51) Vgl.RG,JW 1907,300; Hergt S.44,47; Ebert S.52.

ebenso die Gastwirtshaftung nach § 701 BGB[52]. Sieht man bereits in diesen Vorgängen eine rechtserhebliche Gefahr, dann ist alles menschliche Tun gefährlich; der Begriff ist dann inhaltlos und zur Abgrenzung gegenüber anderen Haftungsarten ungeeignet[53]. Die alltägliche Gefahr eines im fremden Interesse eingesetzten "Handlungsgehilfen" oder des Irrtums kann für die Haftung nicht relevant sein; sie ist bereits in der Theorie der adäquaten Verursachung enthalten[54].

Einen brauchbaren Gefahrenbegriff liefern nur die Gefährdungstatbestände der Haftpflichtgesetze: Die Unberechenbarkeit des tierischen Instinkts, die eigentümlichen Wirkungen der Elektrizität und des Gases, vorallem aber die hohe Geschwindigkeit der heutigen, massiert eingesetzten Verkehrsmittel und die unübersehbaren Folgen eines Kernspaltungs- oder Strahlungsvorganges entwickeln in erheblichem Maße zerstörende Kräfte, die sich der Herrschaft des Einzelnen entziehen können. Hier erweist sich das Verschuldensprinzip als ungenügend. Der Gesetzgeber bürdet aus Billigkeitgründen demjenigen, der sich der Gefahrenquelle bedient, die Ersatzpflicht für die daraus entstandenen Körper-, Gesundheits- und Sachschäden auf. Die einzelnen Tatbestände weisen ersichtlich eine verschiedene Intensität und eine mehr oder weniger häufige Bedrohung der Lebensgüter auf. Die Beurteilung der unterschiedlichen Gefahrenzustände hat sich auch im Laufe der Zeit gewandelt: Sah man früher die Hauptgefahren im Tier und später in der Eisenbahn, so haben sich diese im Zuge der Technisierung weitgehend auf den Kraftwagen, das Flugzeug und die Atomspaltung verlagert.

---

52) Rümelin S.39 f; Müller-Erzbach S.44,71,103; Larenz (5) II S.358, hinsichtlich § 829 BGB - aber auch hier steht nur der Billigkeits-, nicht der Gefährdungsgedanke im Vordergrund.

53) Hergt S.18 ff; Feith S.18; Diembeck S.23 ff; Bienenfeld S.135; vgl.auch Rümelin S.25.

54) Hergt S.18 ff; vgl.auch Müller-Erzbach S.55!

Trotz ihrer Verschiedenheit zeichnen sich die einzelnen Sachverhalte durch die mit einer bestimmten Tätigkeit verbundene, vergleichbare Schadensgeneigtheit aus. So ist der Haftung für Verkehrsmittel eigen, daß sich der Unfall beim Betrieb des Fahrzeugs ereignet haben muß[55]. Für die Haftung aus § 833 BGB ist ein spezifisch tierisches Verhalten erforderlich (vgl.§ 3 Anm.48!). Manchmal ist die Ersatzpflicht bei höherer Gewalt[56] oder bei einem unabwendbaren Ereignis[57] ausgeschlossen. Wo dies nicht geschehen ist, wie in § 833 BGB, § 33 LuftVG, § 25 AtomG spielen diese Umstände entweder keine Rolle oder können sie nur in Verbindung mit der typischen Gefahrenquelle die meist verheerenden Wirkungen hervorrufen[58]. Dagegen ist das Verschulden des Verletzten stets haftungsausschließend oder -mindernd[59].

Immer sind es also typische, der Tierhaltung oder dem Betrieb wesensnotwendig anhaftende, zerstörende Wirkungen, die im Vergleich zu anderen gleichgerichteten Tätigkeiten (der Postkutsche, der menschlichen Kraft) zu außergewöhnlichen Schäden führen[60]. Immer besteht die erhöhte Möglichkeit, daß es zu einem Unfall kommt, der meist besonders folgenschwer und ernst ist. All diesen Tatbeständen ist entwe-

---

55) Vgl.§ 1 RHaftpflG; § 1SHaftpflG; § 33 LuftVG; § 7 StVG.- Vgl. Larenz(4)S.414 ff; Geigel S.382,408; BGH,NJW 1957,1878; Floegel-Hartung S.1370; Müller S.218.

56) §§ 1, 1a III 3 RHaftpflG; § 2 SHaftpflG.

57) § 2 SHaftpflG; § 7 StVG; § 26 I 2 AtomG - aber nicht bei fehlerhafter Einrichtung.

58) Vgl.Hannak,S.24ff, der Haftung allgemein de lege ferenda dann eintreten lassen will, wenn die Gefahr für den Schaden bei höherer Gewalt und Unabwendbarkeit ursächlich ist.

59) §§ 1, 1a RHaftpflG; § 3 SHaftpflG; § 34 LuftVG; § 9 StVG; § 27 AtomG.

60) Esser Gefährdungshaftung S.111; Rinck S.4; Bienenfeld S. 137; Rümelin S.26 ff; Hergt S.25; Ebert S.51; Diembeck S.16 f; Enneccerus-Lehmann(15) I 2,S.928; Heck S.460 f; Leonhard II S.647; BGHZ 24,26 u.a.

der die Häufigkeit oder die Schwere der Verletzungen, oft auch beides zusammen, gemeinsam. Die Schadensgeneigtheit ist von vornherein erkennbar, weil es sich stets um einen Gefahrenzustand von längerer Dauer handelt. Darum beherrscht der Tierhalter oder Betriebsinhaber die Gefahr zwar im allgemeinen und wird dazu auch durch verschärfte Sicherheitsvorschriften angehalten[61]; im Einzelfall kann er aber die plötzlich auftretende Beschädigung oder Zerstörung nicht oder nur unter Verzicht auf die gefährdende Tätigkeit im allgemeinen vermeiden. Ebensowenig kann der Geschädigte sich der Gefahr entziehen. Er hat weder ein Abwehrrecht, noch eine tatsächliche Abwehrmöglichkeit[62]. Die Verletzung ist eine generell unausbleibliche Folge des im Gemeininteresse erlaubten schädigenden Tuns.

Der Ausgleich des Schadens ist eine Interessenbewertung. Wenn auch sämtliche Beteiligte gleich unschuldig an dem Unglück sind, so steht doch das Opfer der Schadensursache ferner als der "Täter"[63]. Dieser hat immerhin eine allgemeine Einwirkungsmöglichkeit auf die Gefahrenquelle und die verwendeten Hilfskräfte, kann die Risiken einkalkulieren, sie auf die Preise abwälzen und sich dagegen versichern, während den Geschädigten das Ereignis völlig unerwartet trifft. Darüberhinaus erwächst ihm aus der risikoreichen Tätigkeit ein erheblicher, nicht nur vorübergehender Nutzen. Die Rechtsordnung gestattet zwar um der allgemeinen Wohlfahrt willen die Gefährdung bedeutender Rechtsgüter, kann es aber nicht hinnehmen, daß der Nutznießer den Verletzten auch noch auf dem Schaden sitzen läßt. Hier gilt der Grundsatz, daß niemand sein Interesse auf Kosten

---

61) Rümelin S.26,45; Müller-Erzbach S.62; Rinck S.4; Esser, Schuldrecht(2) § 59,2; Larenz(5) S.425; Heck S.460; BGHZ 24,26.

62) Esser, Gefährdungshaftung S.90; Enneccerus-Lehmann(15)I 2 S.928.

63) Esser, Gefährdungshaftung S.71; vgl.auch Müller-Erzbach S.40!

anderer wahrnehmen darf[64]. Es ist daher nur gerecht und billig, den Tierhalter oder Betriebsunternehmer, der am "Betrieb" zuerst interessiert ist, mit dem Schadensrisiko zu belasten. Die Interessenabwägung verlangt aber nicht vollen Schadensersatz, sondern einen billigen, kalkulierbaren Ausgleich nach dem Grundsatz der verteilenden Gerechtigkeit. Dieser Gedanke ist vorallem zum Ausdruck gekommen in den Vorschriften über die Beschränkung der Ersatzpflicht durch Höchstbeträge, die einerseits die Schwere der üblichen Schäden, andererseits die Tragfähigkeit des Unternehmens berücksichtigen[65]. Billigkeitserwägungen waren auch bei der Verkürzung der Verjährungsfrist auf 2 Jahre und beim Ausschluß des Schmerzensgeldes[66] ausschlaggebend. Im übrigen ist aber der volle Schaden, also auch der entgangene Gewinn nach § 252 BGB zu ersetzen.

C. Ergebnis:

Voraussetzung der Gefährdungshaftung ist ein Verhalten des Verantwortlichen, das einen Schaden adäquat, aber weder vorsätzlich noch fahrläßig verursacht; nur der von ihm verschiedene, vorübergehende Gewalthaber kann fahrläßig handeln. Die Verletzung ist trotz der erlaubten Gefährdung von geschützten Gütern rechtswidrig, wenn nicht ausnahmsweise eine Rechtfertigung eingreift. Eigentlicher Zurechnungsgrund ist aber die t y p i s c h e , nicht nur vereinzelte Bedrohung von Lebensgütern mit vergleichsweise a u ß e r g e w ö h n l i c h e n Schäden, die im Interesse der Gemeinschaft nicht vermeidbar sind, für die aber der Beherrscher und Nutznießer der Gefahrenquelle in beschränktem Umfang einstehen muß.

---

64) Reinhardt, Gutachten S.276ff: Wer den Nutzen habe, müsse auch das Risiko tragen; Esser, Gefährdungshaftung S.100f; Rümelin S.26; Hergt S.23; Larenz(5)II,425-vgl.auch§5AI.

65) §§ 7a,b KHaftpflG; § 4 SHaftpflG; § 37 LuftVG; § 12 StVG; § 31 AtomG - Vgl.auch Reinhardt S.280 und Esser, Gefährdungshaftung S.101; Die Risiken müssen berechenbar sein.

66) Nicht bei der Tierhalterhaftung nach § 833 BGB.

Wie die Einordnung der Tierschäden und der Strahlungsschäden beweist, ist der Begriff der in diesem Zusammenhang beachtlichen Gefahr sehr weitgesteckt und dazu wandelbar. So ließen sich unter diese Definition auch andere Gefahrenquellen, insbesondere nach § 26 GewO genehmigungsbedürftige Anlagen (z.B.Fabriken zur Herstellung explosiver und feuergefährlicher Stoffe) unterbringen, ohne daß diese durch eine generelle Klausel zu erfassen wären[67]. Die einzelnen Gefahren, ihre Beherrschbarkeit, die Vorteile für die Allgemeinheit, der Nutzen und die Tragfähigkeit des Unternehmers sind jeweils verschieden. Der Ausspruch Max Rümelin's[68]: "Der Gefährdungsbegriff ist zu unbestimmt, um ein selbständiges Haftungsprinzip tragen zu können, so unentbehrlich und so bedeutsam er speziell für das Schadensersatzrecht auch ist", hat auch heute noch Berechtigung. Der Gesetzgeber hat daher auch zu Recht keine Generalklausel geschaffen, sondern von Fall zu Fall in speziellen Bestimmungen - meist unbewußt und mehr oder minder ausgeprägt - den oben gefundenen Begriff, abgestuft nach der jeweiligen Gefahrenquelle, zum Ausdruck gebracht. Darin liegt auch der Grund, daß die speziell geregelte Gefährdungshaftung als ausschließlich angesehen und eine analoge Anwendung abgelehnt wird[69].

---

67) So richtig Hannak S.9 - daran scheitert aber auch das von ihm angebotene Unterscheidungsmerkmal der "gefährlichen Kraft".

68) Rümelin S.25 Anm.- Vgl.auch Bienenfeld S.135; Leisner DÖV 1961 S.860: Der Gefahrbegriff ist seinem Wesen nach a priori nicht feststellbar und damit als Abgrenzungsbegriff ungeeignet. - Zu weit ist aber nur der allgemeine Gefahrenbegriff; in bestimmten Tatbeständen ist er, insbesondere mit anderen Merkmalen (z.B."beim Betrieb") durchaus brauchbar und fixierbar; so auch Bullinger, JZ 1961, S.711.

69) RGZ 116,287; insbesondere 78,172; 147,353 ff; OLG Oldenburg JR 1958, S.223; Rinck S.13; Diembeck S.25.

§ 4 Ableitung für das öffentliche Recht.

I. Verursachung:

Der logisch-philosophische Kausalitätsbegriff der Äquivalenztheorie ist auch im öffentlichen Recht nicht verwendbar. Niemand wird den Staat ernstlich verantwortlich machen wollen, wenn mit einem zugelassenen Kraftfahrzeug oder infolge eines erlaubten Waffengebrauches ein Schaden verursacht wird. Für die Haftung des Staates ist ebenfalls nur die Adäquanztheorie des Zivilrechtes brauchbar[1]: Das konkrete staatliche Handeln muß allgemein geeignet sein, einen bestimmten schädlichen Erfolg herbeizuführen. Bei Impfungen oder militärischen Schießübungen ist es nicht ganz unwahrscheinlich, daß eine Rechtsgutsverletzung eintritt; diese Handlungen sind für den entstandenen Nachteil adäquat ursächlich und damit relevant. Die öffentliche Hand hat aber nicht für jeden adäquat verursachten Schaden einzustehen, sondern nur bei Hinzutreten weiterer Zurechnungsgründe[2].

II. Eingriff und hoheitliche Gewalt:

Der Begriff der Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht deutet hin auf eine Haftung des Staates oder eines anderen Trägers hoheitlicher Gewalt im Bereich des öffentlichen Rechtes. Eine befriedigende allgemeine Regel, wann ein Tatbestand diesem oder dem Privatrecht einzuordnen ist, ist bis-

---

1) Barkhau S.37 Anm.1; Giese, Aufopferungsanspruch S.48; Krause S.9; BGHZ 18;288 f; Jaenicke DÖV 1961,858. Ungenau verlangen eine "kausale Beziehung" Schack DÖV 1961 S.729; Lange S.27;- Büchner S.24 bestreitet zu Unrecht einen Kausalzusammenhang zwischen gefährlicher Tätigkeit und Schaden überhaupt. Richtig Salzwedel ArchöffR 1962 S.100.

2) Darum zumindest ungenau: BGHZ 13,88(92); Janssen S,156; Schack DÖV 1961 S,728; Fahrenkrug S.32; Krauthause S.14, wenn sie von Verursachungshaftung sprechen - richtig BGHZ 17,174; 18,286(289). Unrichtig Salzwedel ArchöffR 1962,100,104, daß die Gefährdungshaftg.auch inadäquate Schaden aus Betriebsgefahr einschließe, weil in letzt.Adäquanzmoment enthalten.

her nicht gefunden. Die Zuordnung aller Rechtsbeziehungen nichtvermögensrechtlicher Art (Fiskustheorie) oder mit überwiegendem öffentlichen Interesse in den hoheitlichen Bereich erwies sich ebenso ungeeignet wie verschiedene andere Kriterien. Nach der herrschenden "Subjektionstheorie" zeichnet sich das öffentliche Recht vielmehr aus durch die Unterordnung des Einzelnen unter die einseitige, überlegene Herrschaftsgewalt des Staates (hoheitliches Handeln), während für das Privatrecht Gleichordnung und Willensautonomie der Beteiligten typisch ist.[3] Soweit dem Staate Zwangsmittel zur Verfügung stehen, gibt es keine Abgrenzungsprobleme; die Schwierigkeiten tauchen erst bei der vorsorgenden, ohne Zwang tätigen Verwaltung auf. Gerade für diese Grenzfälle ist die von Wolff[4] entwickelte Formel brauchbarer. Entscheidend für die Annahme öffentlichen Rechts ist danach, ob im Einzelfall jedermann oder nur Subjekte hoheitlicher Gewalt sich bestimmter Rechtssätze bedienen oder einen Sondertatbestand verwirklichen können. "Öffentliches Recht ist also der Inbegriff derjenigen Rechtssätze, deren Zuordnungssubjekt ausschließlich ein Subjekt hoheitlicher Gewalt ist". So kann jeder in Notlagen Hilfe leisten; Sachen und Personen zu diesem Zweck in Anspruch nehmen, also in die Rechtssphäre des Einzelnen eingreifen, kann aber nur ein Amtswalter. Auch militärische Schießübungen sind deshalb typisch hoheitsrechtlich.

Die öffentlich rechtliche Gefährdungshaftung setzt also, wie alles, was dem Staate zugerechnet werden soll, ein hoheitliches Handeln einer deutschen Stelle[5] voraus. Tätig-

---

3) Vgl.Forsthoff VR(8) S.100; Wolff(4) S.80; Fleiner, Institutionen S.41; RGZ 167,281(284), BGHZ 14,222(226ff).

4) Wolff(4)S.81 f- ebenso RGZ 113,3o1(3o4).

5) Vgl.Schack, Gutachten S.5; Janssen S.85 f; Giese, Aufopferungsanspruch S.44; Büchner S.4 ff; Scheuner, Verfassungsschutz S.107, Gedächtnisschrift S.345 u.a. - Vgl. auch BGHZ 25, 238(242); 24,45(47) und wegen Requisitionsschäden: BGHZ 12,52(57),BVerwG, NJW 1959,3o6(3o9); Scheuner DÖV 1957,685; Kühne, NJW 1957,611 - a.A.BVerwG, NJW 1957, 234 ff; Schack NJW 1957,652.

keiten, die lediglich bei Gelegenheit hoheitlicher Maßnahmen vorgenommen werden, gehören nicht dazu. Hoheitliches Handeln ist, weil auf menschliche Willensbetätigung gestützt, notwendig zweck- und zielgerichtet. Darum kann es aber auch wie diese fehlgehen, sei es, daß das handelnde Organ in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht irrt, oder daß ohne Irrtum ein nicht gewollter Erfolg erzielt wird. Die hoheitliche Qualität verliert der Staatsakt dadurch nicht[6]. Gilt dies aber auch ausnahmslos, für alle unter dem Begriff der öffentlichen Gewalt zusammengefaßten staatlichen Funktionen, also für Gesetzgebung, Rechtssprechung und Verwaltung (einschließlich der Wehrverwaltung)[7]?

Hauptaufgabe der L e g i s l a t i v e ist die Schaffung von Gesetzen im materiellen Sinn, d.h. von abstrakten und generellen Rechtsanordnungen. Auch Normen können ungewollte Folgen auslösen, wenn der Gesetzgeber einen konkreten Sachverhalt nicht übersieht, wenn er mißverstanden wird oder die veränderte Interessenlage eine andere Auslegung erfordert. So nimmt § 330c StGB nur zumutbare, nicht auch erhebliche, aber im Einzelfall unvermeidliche Opfer in Kauf (vgl. § 4 V, § 5 B II 2!). Meist schaltet sich aber als Bindeglied zwischen Normsetzung und Rechtsgutsverletzung ein Akt der Rechtsanwendung, der dann allein als haftungsbegründender Tatbestand in Frage kommt. Wo sich die Anordnung des Gesetzgebers nicht an die Allgemeinheit richtet, sondern einen Einzelfall regelt (lediglich formelles oder Maßnahmegesetz), liegt wegen Art.19 I GG materiell kein Gesetz, sondern eigentlich Verwaltungstätigkeit vor[8]. Auch hier wird meist ein Vollzugsakt der Verwaltung nötig sein. Soweit Normen

---

6) Holstein S.50 und alle, die für Gefährdungsfälle Entschädigung zubilligen - vgl. § 13 IV 1 a.E.- teilweise a.A. Kleeberg S.83; Cremer, RPrVBl.54,947 - richtig gilt dies nur für sogen."Nichtakte" - vgl. Janssen S.131 f.

7) Einschränkende Auffassungen bestehen für die öffentliche Gewalt i.S.des Art.19 IV GG. Vgl.Maunz-Dürig, Art.19 IV RN 17 ff.

8) Forsthoff VR(8) S.9.

ausnahmsweise unmittelbar in die Rechtssphäre des Einzelnen eingreifen (z.B. Einfuhr- oder Verkaufsverbot im Einzelfall) ist auch hier ein hinsichtlich des Schadens nicht finaler Eingriff denkbar[9].

Die J u d i k a t i v e wendet Recht durch Zuspruch oder Aberkennung im Einzelfall an. Die Gerichte verurteilen stets eine bestimmte Person, stellen ein bestimmtes Rechtsverhältnis fest oder gestalten es. Eine Fehlentscheidung wird durchwegs auf einer irrtümlichen tatsächlichen oder rechtlichen Beurteilung eines Sachverhalts beruhen, selten auf einem Irrtum über den Inanspruchgenommenen oder die Folgen der Entscheidung. Denkbar ist dies nur, wenn in der Entscheidungsformel ungewollt eine unbeteiligte Person, ein anderer Leistungsbefehl oder eine andere Strafe erscheint (vgl. aber § 4 zu Anm.55 f). Typisch für die gerichtliche Tätigkeit ist aber gerade, daß sie den Betroffenen und den angestrebten Erfolg im Auge hat[10]. Erst bei der Vollziehung der Entscheidung treten häufiger ungewollte Schäden auf, z.B. bei der Pfändung, der Strafvollstreckung oder der verwaltungsgerichtlichen Folgenbeseitigung. Insoweit handelt es sich aber nicht um Akte der Rechtssprechung.

Es verbleibt hauptsächlich die E x e k u t i v e , die auf Grund eines von ihrem finalen Willen abweichenden Kausalverlaufes einen Schaden verursachen kann. Verwaltungshandeln ist hoheitliches Handeln, gleichgültig ob es obrigkeitlich

---

9) So wohl auch Schack MDR 1953 S. 516 - vgl. auch Katzenstein MDR 1952 S. 195. Die Entschädigungspflicht für Eingriffe des Gesetzgebers hat trotz seiner Anerkennung durch das RG und durch Art. 14 III GG tatsächlich nur geringe Bedeutung (vgl. auch § 4 zu Anm. 53).

10) Vgl. BGHZ 30, 123(126); BGH, NJW 1959,1085; OLG Celle, NJW 1956 1114. Vgl. auch Kröner DRiZ 1961,12; Katzenstein, MDR 1952 S. 195, der aber zu Unrecht annimmt, das Gericht könne dem Einzelnen nicht gewollt ein ungleiches Opfer zugunsten der Allgemeinheit auferlegen; die unrechtmäßige Verhaftung oder Verurteilung widerlegt ihn. - (Vgl. § 4 zu Anm. 55 f, § 5 B I).

- mit der Möglichkeit des Zwanges (sogen."Eingriffsverwaltung") - oder vorsorgend und leistend (Leistungs- oder schlichte Hoheitsverwaltung) auftritt[11]; wenn sie sich dabei nur der Verwaltung eigentümlicher Mittel und Formen bedient. "Eingriffsverwaltung"ist hier nicht in dem Sinn zu verstehen, daß der Wille des Handelnden den gesamten schädlichen Erfolg umfassen müsse; es genügt jede auf Beeinträchtigung eines Rechtsgutes (auch körperliche Integrität oder Vermögen) gerichtete hoheitliche Tätigkeit, der nötigenfalls die Gewalt zur Seite steht[12]. Die Zwangsimpfung, die Inanspruchnahme des Einzelnen in Notfällen ist daher Ausübung hoheitlicher Gewalt, auch dann, wenn sich der Betroffene freiwillig zur Verfügung stellt. Die traditionelle Vorstellung, daß von Eingriffsverwaltung nur dann gesprochen werden könne, wenn die Behörde das Opfer anstrebe, ist vorallem im Bereich der Entschädigung für Gefährdungsfälle (z.B.Verletzung eines Unbeteiligten bei Verbrecherjagd) weitgehend aufgegeben, befindet sich aber auch sonst im Rückzug[13]. Auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge stehen der Verwaltung meist keine Zwangsmittel zur Verfügung, hier wirkt sich aber das Gewicht der dem Gemeinwohl dienenden und darum Vertrauen einflößenden staatlichen Autorität aus, der sich der verantwortungsbewußte Bürger nicht entziehen kann. Ein Beispiel liefert die freiwillige, aber von Gesundheitsbehörden empfohlene Impfung gegen ansteckende Krankheiten[14]. Warum soll auch derjenige, der ohne die Möglichkeit des Zwanges,aber auf eine staatliche Empfehlung hin ein Opfer für die Allgemeinheit bringt, schlechter stehen

---

11)Forsthoff VR(8) S.113; Jellinek VR(3) S.20 ff; Bender S. 67 f; Wolff(4)S.88 f; BGH, DVBl.1961,736 f.

12)Jellinek VR(3)S.20; Schelcher,Fischer'sZ 52,S.57.

13)Lerche;DÖV 1961 S.490; BGHZ 9,83 ff; 20,81 ff; Hubmann,JZ 1958,S.489; Schack DÖV 1961,S.728 ff - Vgl.aber Menger, VArch 48,359, der die Aufgabe des hoheitlichen "Eingriffs" und die Ersetzung durch die staatliche Autorität ablehnt.

14)BGHZ 24,45; 31,187 ff; Janssen S.85; Schack JZ 1957 S.554 - a.A.Schmidt, NJW 1957 S.1585 f; Menger,VArch 48,359.

als der unter Zwang Handelnde. Man muß sich nur von den überkommenen Vorstellungen hoheitlichen Handelns mit Herrschaftsgewalt freimachen und dafür die mit der Daseinsvorsorge einhergehende "gesteigerte Vertrauensposition" heranziehen[15], um zu einem gerechten Ergebnis zu kommen.

Meist wird das hoheitliche Handeln als Verwaltungsakt erscheinen, von dem rechtliche Wirkungen ausgehen. Gerade bei den Gefährdungsfällen sind es aber oft tatsächliche Einwirkungen auf den Betroffenen[16], wie die abirrenden Geschosse eines Polizisten oder von einem Militärschießplatz. Auch Rechtsverordnungen, die eine dazu delegierte Verwaltungsbehörde setzt, können in Ausnahmefällen eine ungewollte Schädigung herbeiführen; z.B. die nach zwei Richtungen Vorfahrt zeigenden Verkehrsschilder, wenn man sie als Rechtsnorm ansieht[17].

Die Beispiele zeigen, daß nur hoheitliches, aber hinsichtlich des Erfolges nicht finales (Verwaltungs-)handeln einen haftungsbegründenden Gefährdungstatbestand des öffentlichen Rechts auslösen kann[18]. Gegenüber den zivilrechtlichen Gefährdungsfällen weisen sie aber die Besonderheit auf, daß das hoheitliche Handeln nicht nur unmittelbare(z.B.bei der Verbrecherjagd oder bei der Impfung), sondern auch mittelbare Schädigungen durch später eintretende Umstände (z.B. die Ver-

15) So Lerche DÖV 1961,489 - ein Regulativ gegen die"Versorgungsmanie" könnte das Wahrscheinlichkeitsurteil und das Sonderopfer bilden.

16) Vgl.O.Mayer, Entschädigungspflicht S.10; Zeidler,Technisierung S.8 glaubt, daß bei gewissen technischen Einrichtungen ein Bezug zwischen Handlung und Schädigung überhaupt fehle; das wurde bereits oben (§ 3 zu Anm.17f) abgelehnt.

17) So Obermayer S.81 im Gegensatz zur Verkehrsampel; Wolff(4) S.250- a.A.Forsthoff VR(8) S.200 Anm.3 mit umfangreichen Lit.Angaben; letzte zusammengefaßte Darstellung Sasse DÖV 1962 S.321ff.

18) So Schack, Gutachten S.25; Reinhardt, Gutachten S.256;Janssen S.156 Anm.210; Schlochauer S.231; Barkhau S.84; Giese,Aufopferungsanspruch S.48ff; Katzenstein MDR 1952 S.195; a.A: Allgemein: Fischer S.56 - auch Bachof S.117 Anm.10a; Schneider NJW 1954 S.751 u. Krause S.26f beim Beispiel der Verbrecherjagd, weil sie den Eingriff wohl nicht final verstehen - Wilke S.63; Forsthoff VR(8)S.311 und Bender(2) S.182 hinsichtlich des Impfschadens.

letzung des eingesetzten Nothelfers) auslösen kann.[19] An ers als beim zivilrechtlichen Institut kann das Verwaltungsorgan auch mit unmittelbarem Verletzungswillen handeln, jedoch nur hinsichtlich des rechtmäßigen Erfolges, der Freiheitsbeschränkung des Nothelfers, der unvermeidlich leichten Gesundheitsstörung bei der Impfung. Das besondere Opfer, der schwere Gesundheitsschaden oder der Tod des Nothelfers, ist nicht gewollt, tritt gegen den Willen des Amtswalters ein. Der Staat ist sich zwar bewußt, daß aus seinem risikoreichen, aber im Gemeininteresse wünschenswerten Handeln einmal ein Schaden entstehen kann und nimmt diese allgemeine Gefahr in Kauf[20], bei der konkreten Handlung will er die Verletzung aber weder direkt noch indirekt (i.S. eines"dolus eventualis")[21].

III.Rechtswidrigkeit.

Kann der Staat überhaupt Unrecht unt? Nach Kelsen[22] kann er das nicht, weil er selbst Träger der Rechtsordnung, Staatsunrecht daher ein Widerspruch ins sich sei; nur das Staatsorgan könne Unrecht begehen, das aber nur auf Grund

---

19)Es ist daher nur teilweise richtig, wenn Schack JZ 1956 S.428, DÖV 1961 S.730; Janssen S.153; Wilke S.59; Barkhau S.66 Anm.122 allgemein von einer der Gefährdungshaftung eigenen "mittelbaren" Verletzung sprechen, Forsthoff VR(8) S.318, Rinck S.13 u. Kröner DRiZ 1961 S.12 sowie Jaenicke DÖV 1961 S.859 dagegen von einer"unmittelbaren" - vgl.auch BGH DÖV 1962,543f; BGHZ 23,235.

20)So wohl: Wilke S.54; Lange S.40f; BGHZ 18,288; Haas S.26 u.a.

21)So aber Fischer S.56,61 Anm.65, der ausdrücklich von einem "dolus eventualis" spricht u. Holstein S.50; auch Jung S.108 und BGHZ 18,286(288) hinsichtlich der Impfung. - Man ist aber auch bei diesen Stimmen versucht, anzunehmen, daß sie in Verkennung des Begriffs (vgl.§ 3 Anm.19) ein allgemeines Inkaufnehmen meinen.

22)Kelsen S.7,44,103; ebenso Loening S.106; Schelcher, Fischer'sZ 52 S.15; Pfetsch S.31; Haas S.15; ähnlich Lachs S.39,43. - Ausdrücklich ablehnend Büchner S.7; Goldschmidt S.134 f; Tschacksch S.13.

eines Rechtssatzes dem Staate zugerechnet werden könne. Der Streit ist müßig, da allenthalben der Staat für das von seinem Organ in Ausübung eines hoheitlichen Rechtes gesetzte Unrecht einstehen muß[23], ohne daß die Rechtswidrigkeit für die Entschädigung ausschlaggebender Haftungsgrund wäre.

Das Merkmal der Widerrechtlichkeit kann jedem hoheitlichen Akt anhaften. Der Verfassungsgeber kann gegen überstaatliche Grundrechte (z,B,Freiheit des Einzelnen), der Gesetzgeber gegen die Verfassungsprinzipien (z.B.Art.2,3, 14 III 1, 19 I,II GG usw.) verstoßen. Über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit von Gerichtsentscheidungen oder Verwaltungshandlungen entscheidet der Wille des Gesetzgebers (positives Recht oder Gewohnheitsrecht). Da die Rechtsordnung dem Schutz der Rechtsgüter, insbesondere der absoluten Rechte, dient, ist ihre Verletzung durch den Staat, als ihrem Hüter, ebenfalls nur dann rechtmäßig, wenn sie von ihr zugelassen ist.

Das S t r a f r e c h t will nur einen Schuldigen, nicht aber einen Unschuldigen zur Verantwortung ziehen. Die Verurteilung eines Unschuldigen ist rechtswidrig, auch wenn der Richter jede nur erdenkliche Sorgfalt bei der Rechtsfindung angewandt hat[24]. Dagegen ist die Verhaftung oder vorläufige Festnahme eines Unschuldigen nach §§ 112,127 Abs. II StPO rechtmäßig, wenn nur objektiv die Voraussetzungen dieser Tatbestände (Tatverdacht, Flucht- oder Verdunklungsgefahr) vorliegen, weil der Gesetzgeber die Festnahme eines Unschuldigen im Interesse der wirkungsvollen Strafrechtspflege in Kauf nimmt.[25]

Der Grundsatz des"nulla poena sine lege"im Strafrecht

---

23)Das ergibt sich schon in dem in Art.1 III, 19 IV, 20 II, III GG zum Ausdruck gekommenen Rechtsstaatsprinzip; vgl.auch Bachof S.118; Kelsen 103 -

24)Schattenberg S.10,12; Goldschmidt S.117; Stödter,Entschädigung S.21; Fahrenkrug S.19; Büchner S.10 - a.A.Anschütz, VArch.5,S.2.

25)Stödter,Entschädigung S.22; Loening S.94; Fahrenkrug S.20; Büchner S.11; a.A.Schattenberg S.12 f; Goldschmidt S.116 f.

findet seine Parallele im Prinzip der "Gesetzmäßigkeit der V e r w a l t u n g"(=Vorbehalt des Gesetzes): Jeder hoheitliche Eingriff der Verwaltung in geschützte Rechte des Einzelnen (Freiheit und Vermögen) bedarf einer gesetzlichen Grundlage[26]. Versteht man darunter eine nach Objekt und Umfang gewollte Inanspruchnahme einer Person oder Sache, so ist für die Eingriffsverwaltung im Bereich der Gefährdungshaftung kein Raum. Denn die Gefährdungsfälle zeichnen sich gerade dadurch aus, daß entweder ein zielgerichteter Eingriff gegen den Betroffenen nicht vorliegt (abirrendes Geschoß bei Verbrecherjagd oder Militärschießübung),oder daß der Handelnde den eingetretenen Schaden am Eingriffsobjekt nicht in seinen Willen aufgenommen hat (Impfschaden, Einsatz in Notfällen). In diesen als typisch angesehenen Gefährdungsfällen liegt aber immer eine, wenn auch nicht hinsichtlich des Schadens,finale hoheitliche Handlung vor, die alsbald (unmittelbar oder mittelbar) einen Schaden auslöst (vgl. § 4 zu Anm.19).

Zwischen beiden besteht eine besonders enge Beziehung, wenn die Verletzung eine u n m i t t e l b a r e Folge der Verwaltungstätigkeit selbst ist, wie beim fehlgehenden Schuß und der außergewöhnlichen Impfreaktion. Hier wird man den Bereich des Gesetzesvorbehaltes in der Weise ausdehnen müssen, daß er nicht nur den Eingriff, sondern auch den unmittelbar folgenden, schweren Schaden mitumfaßt; läßt sich eine Rechtsgrundlage hierfür nicht finden, ist die Verletzung rechtswidrig.[27] Diese Folgerung ist umso berechtigter, als es schwer fällt beim tatsächlichen Handeln die gewollten von den damit oft verbundenen ungewollten Folgen zu scheiden und das Wort "Eingriff" teilweise für beide Arten von Schädigungen

---

26) Forsthoff VR(8)S.114;Wolff(2)S.124f;Holstein S.77;Stoedter, Entschädigung S.47; Tschacksch S.13; BGH JR 1953,298.-Die Heranziehung ds.Gedankens lehnt Lange S.36 ohne Begründung ab. Vgl.auch Salzwedel ArchöffR 1962 S.99 (ablehnend).

27) So auch Leisner;vgl. Salzwedel ArchöffR 62 S.95,99,dessen Beispiel,die Ausrüstung der Polizei bedürfe keines Gesetzes, seine Ablehnung aber nicht trägt; denn zum Einsatz ist die gesetzl.Grundlage nötig.- Die gleiche Unterscheidung zwischen unmittelbaren u.mittelbaren Folgen trifft für das Zivilrecht Larenz(5)II S.376ff; vgl.§ 33 zu Anm.31.

gebraucht wird (vgl.§ 3 Anm.20,§ 13 bei Anm.32).Schließlich gehen, in letzter Zeit sich mehrende Stimmen auch insofern von der Eingriffsvorstellung ab, als sie für lediglich begünstigende (vorsorgende) Verwaltungstätigkeiten ebenfalls eine gesetzliche Ermächtigung fordern[28]. Die Ausdehnung auf nicht finale Schädigungen ermöglicht auch eine zeitgemäße Abgrenzung zwischen eingreifender und begünstigender Verwaltung. Dabei genügt es, wenn nicht nur die Gefährdung, sondern auch die Verletzung nach dem immanenten Willen des Gesetzgebers zumindest in Kauf genommen ist[29].Das wird dann nicht zutreffen,wenn der Schaden den angestrebten Vorteil übersteigt, wenn er dazu außer Verhältnis steht.

Der bei einer Verbrecherjagd oder von einem Militärschießplatz abirrende Schuß mag rechtmäßig sein, wenn er eine Sache trifft, nicht aber, wenn er einen unbeteiligten Menschen verletzt. Die Zulassung der Gefährdung schließt nicht das Recht der tatsächlichen Verletzung ein[30]. Der Impfpflichtige darf nur dann geimpft, der Geschlechtskranke nur dann behandelt, die Blutgruppenuntersuchung nur dann vorgenommen werden, wenn eine Gefahr für Leben oder Gesundheit nicht besteht[31]. Für die Zulässigkeit kann es im Unterschied zur Fahrläßigkeit auch hier nicht auf die Sorgfalt des durchschnittlichen Amtswalters ankommen. Dieser hätte bei Kenntnis der Umstände eben nicht oder nicht so handeln dürfen. Würde man für die Rechtswidrigkeit auf die objektive Vorhersehbarkeit abstellen, so wäre damit gleichzeitig die Schuld festgestellt und gäbe es jedenfalls in diesem Bereich keine schuldlos-rechtswidrigen Handlungen.

---

28)Vgl.Jesch S.234ff;Maunz(10)S.58;Spanner S.12f u.für die Eingriffsverwaltung Lerche DÖV 1961 S.489 sowie Anm.13.

29)Dieser für die Ablehnung eines Sonderopfers herangezogene Gedanke(vgl.BGHZ 9,92)ist auch für die Bestimmung der Rechtmäßigkeit einer hoheitl.Handlung brauchbar(vgl.Anm.25 u. § 5 zu Anm.23).

30)Vgl.Art.32 BayPAG;§35II PolGBadW;Drews-Wacke(7)S.474 u.Anm.39.

31)§ 15 BSeuchenG; § 17II Ges.z.Bekämpfg.von Geschlechtskrankheiten v.18.2.1927(RGBl IS.61);§ 372a ZPO -Für Rechtswidrigkeit:Schack MDR 1951,265;Fischer S.57; Lerche,ablehnend zit. von Salzwedel ArchöffR 1962 S.95.

Auch der durch das Versagen einer technischen Einrichtung (z.B.einer nach zwei Seiten "grün" zeigenden Verkehrsampel) unmittelbar verursachte, außergewöhnliche Schaden zählt hierher. Zwar kann auch im öffentlichen Recht nur ein adäquat schädigendes hoheitliches Handeln den "Vorwurf" der Rechtswidrigkeit nach sich ziehen[32]. Aber die Einrichtung wird von der Verwaltung in Betrieb genommen und von ihr überwacht. Die Verkehrsampel arbeitet nach einem bestimmten vorgegebenen Phasenplan. Die Verletzung ist hier von der menschlichen Handlung nicht weiter entfernt als die Inbetriebnahme einer weitgehend automatisierten Kernreaktoranlage oder eines abgestellten Fahrzeuges zu den durch sie verursachten Schäden[33].

Für all diese Tatbestände ist zudem charakteristisch, daß meist tatsächliche Einwirkungen vorliegen, wenn auch vereinzelt eine rechtliche Inanspruchnahme vorausgeht, wie bei der Zwangsimpfung. Für das Rechtswidrigkeitsurteil können daher auch Grundsätze der insoweit ähnlichen Gefährdungsfälle des Zivilrechtes herangezogen werden.

Dieser Vergleich versagt, wo aus einer rechtlichen Anforderung (z.B.des Nothelfers) durch besondere, von der Verwaltung nicht beherrschte Umstände (z.B.der Angriff eines zu bewachenden Verbrechers oder eine Infektion) m i t t e l b a r eine Schädigung eintritt. Hier findet auch das Prinzip der Gesetzmäßigkeit ihre Schranken. Zwischen staatlichem Eingriff und mittelbarer Folge schiebt sich eine neue, den Kausalverlauf völlig verändernde Ursache ein. Der Einsatz des Feuerwehrmannes oder des Kriegsdienstverpflichteten bleibt auch dann rechtmäßig, wenn dieser von der einstürzenden Mauer eines

---

32) So wird der Lit.im Zusammenhang mit der Gefährdungshaftung durchwegs von einer gefährlichen Tätigkeit oder von einer hoheitlich geschaffenen Gefahrenlage gesprochen: Forsthoff VR(8) S.315; Schack,Gutachten S.25; JZ 1956,428; Reinhardt,Gutachten S.256; Janssen S.156; Barkhau S.84. -

33) A.A.Zeidler, Technisierung S.6,8; DVBl 1959,S.683 und 1961, S.494, der in diesem Fall einen Bezug zwischen Handlung und Schädigung leugnet; wohl auch Jaenicke DÖV 1961, S. 859.Hinsichtlich Elektronenrechenanlage richtig Salzwedel, ArchöffR 1962 S.104.

brennenden Hauses verletzt oder von einer ansteckenden Krankheit im Einsatzgebiet infiziert wird. Der zum Schaden führende Einsatzbefehl ist nur dann rechtswidrig, wenn dafür eine Rechtsgrundlage nicht vorliegt oder nicht ausreicht, oder wenn das Verwaltungsorgan den unverhältnismäßigen, aber vorhersehbaren Schaden fahrlässig nicht bedacht hat. So wird die Aufforderung an den Nichtbeteiligten zu einer gefährlichen Hilfeleistung (z.B.zur Verbrecherverfolgung oder -bewachung) bereits an dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit scheitern. Wo das Risiko für einen bestimmten Personenkreis (z.B. die Mitglieder der Feuerwehr) typisch ist, ist der Befehl jedenfalls bei vorliegendem Verschulden rechtswidrig[34].

Das unmittelbar schädigende Verwaltungshandeln erscheint daher grundsätzlich als rechtswidrig, das mittelbar verletzende prinzipiell als rechtmäßig. Dagegen kann man nicht ein- und dasselbe Ereignis vom Standpunkt des Verletzten als widerrechtlich, vom Standpunkt des Staates als berechtigt[35] oder überhaupt solange als berechtigt ansehen, als sich der Staat dazu bekennt[36]; diese Meinungen gehen zu sehr von der Unfehlbarkeit des Staates aus. Auch in der allgemeinen Rechtmäßigkeit der hoheitlichen Tätigkeit überhaupt oder im Nutzen für die Allgemeinheit liegt noch keine Rechtfertigung der einzelnen Handlung[37], soweit nicht allgemeingültige Prinzipien das Unrecht ausschließen. Die Einwilligung scheitert bei schweren oder tödlichen Körperschäden an der Unverzichtbarkeit dieser Güter. Auch sonst wird sie wegen der im einzelnen unvorhersehbaren Folgen kaum praktische Bedeutung erlangen. Denkbar ist sie aber bei leichteren, vom Gesetz nicht mehr gewollten Kör-

---

34) Im Falle RG,JW 1927 S.441 und WürttKKH, Reger 61,145 ff (vgl. § 6 A nm.10,13.) hat z.B.das Staatsorgan rechtswidrig-schuldhaft gehandelt. Vgl.im allg.Larenz(5)II S.376ff u.§3 zu Anm.31.

35) So Schelcher,Fischer'sZ52,98; Lassar S.135.Vgl.auch z§ 3 Anm.32!

36) Nicht auf die Anschauung des Staatsorgans, sondern auf die Rechtsordnung kommt es an. Darum abzulehnen:Kraft, Gruchot 60 S.419; Cremer RPrVBl,54 S.946 hinsichtl.nichtiger Akte.

37) So richtig Leisner DÖV 1961 S.859 - a.A.Giese, Impfschäden S.14,21.

perschäden durch ärztliche Eingriffe oder bei Nothilfe, vorallem aber bei Sachschäden durch Anstaltsimmissionen. Voraussetzung ist jedoch, daß sich der Betroffene den Umfang des Schadens im wesentlichen vorgestellt hat; die bloße Duldung der Gefährdung genügt nicht[38]. Einen weiteren Rechtfertigungsgrund kann der übergesetzliche Notstand abgeben. So kann nicht nur die Sachbeschädigung bei Verbrecherjagd rechtmäßig sein, sondern auch die Körperverletzung um schwere Unruhen oder eine akute Seuchengefahr (durch Impfung) einzudämmen[39].

Die durch hoheitliches Handeln adäquat verursachte Verletzung eines Rechtsgutes kann daher rechtmäßig oder rechtswidrig sein[40]. Weder das eine, noch das andere Merkmal ist für die Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht wesentlich[41].

IV. Verschulden:

Wie im bürgerlichen verdienen auch im öffentlichen Recht nur diejenigen Fälle die Bezeichnung "Gefährdungshaftung", bei denen das Setzen einer Gefahr haftungsbegründendes Merkmal ist. Wenn der Ersatzpflichtige (hier der Staat) bereits auf Grund seines eigenen Verschuldens für einen Schaden einstehen muß, ist Zurechnungsgrund nicht die Gefahr, sondern die Schuld (Vgl.§ 3 B II 4!). Von einem schuldhaften Verhalten einer Juristischen Person des öffentlichen Rechts kann man aber nur sprechen, wenn ein vertretungsberechtigtes Organ im fiskalischen (nicht hoheitlichen) Bereich für sie aufgetreten ist (§§ 31,89 IBGB)[42]. Wäre es anders, dann würde der Staat für das schuldhafte Verhalten jedes hoheitlich handeln-

---

38)Vgl.Palandt(20)§ 823 Anm.7Bf; RGRK(11)§ 823 Anm.38; Welzel(6) S.84 f.

39)Wegen Staatsnotrecht vgl.Jellinek VR(3)S.342; Giese,Aufopferungsanspruch S.55 - ablehnend Forsthoff VR(8) S.270 f.

40)Vgl.§ 2 Anm.13 f und Bullinger JZ 1961 S.711.

41)Vgl.§ 2 Anm.15 f u.Reinhardt,Gutachten S.256; Fahrenkrug S.32.

42)So die h.,von Otto von Gierke begründete"Theorie der realen Verbandspersönlichkeit" oder "Organtheorie" - Vgl.Lehmann(10) 405,409; Palandt(20) § 21,Einf.3,§ 31 Anm.1,§ 89 Anm.1; RGZ 104,141 ff.

den Amtswalters meist schon nach § 823 BGB haften; die erst im 20.Jahrhundert, zuletzt in Art.34 GG (früher Art.131 WV) i.Vbdg.mit § 839 BGB allgemein angeordnete Staatshaftung wäre dann weitgehend überflüssig[43]. Nicht der Staat kann daher im Bereich des öffentlichen Rechts schuldhaft handeln, sondern die Organe.

Wie im Zivilrecht ist aber auch hier der auf die Verletzung abzielende Organwille nicht typisch gefährlich. Dagegen wirkt sich die vom Staate geschaffene Gefahrenquelle grundsätzlich verstärkend, oft sogar ausschlaggebend auf die fahrlässige[44] Schädigung aus. Der Umgang mit Schußwaffen, der Einsatzbefehl in Notfällen erfordern eine erhöhte Sorgfalt, die einzuhalten dem Einzelnen nicht immer möglich ist. Die Rechtssprechung zur Amtshaftung und zur Verkehrssicherungspflicht zeigt hier oft eine Überspannung der möglichen Sorgfaltspflichten, so daß in diesen Fällen nicht zu Unrecht von einer heimlichen Einführung der Gefährdungshaftung gesprochen wurde[45].

Die durch die öffentliche Gewalt veranlaßten Gefährdungsfälle lassen sich zwar nicht mit einem vorsätzlichen, wohl aber mit einem fahrlässigen Verhalten des Amtsträgers vereinbaren; Fahrlässigkeit kann, muß aber nicht vorliegen. Man spricht daher, wenn es eine öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung gibt, besser nicht von "Haftung ohne Verschulden"[46], sondern richtiger von"Haftung ohne Rücksicht auf Verschulden"[47].

---

43)Der Staat haftet an Stelle des Beamten: Forsthoff VR(8)281f; Bettermann DÖV 1954,301.

44)Maßgebend ist entsprechend § 276 I 2 BGB die erforderliche Sorgfalt eines pflichtgetreuen Beamten - vgl.Palandt(20) § 839 Anm.6.-Zu vorsätzl.Schädigg.vgl.Salzwedel ArchöffR 62,103.

45)Forsthoff VR(8) S.285 sieht in der Ausdehnung der Staatshaftung das Ziel, dem Staat das Risiko für die korrekte Handhabung seiner Funktion aufzubürden; vgl.Esser,Gefährdungshaftung S.38 ff mit Angaben über Rspr.; Rinck S.13; Scheuner,Gedächtnisschrift S.339,DÖV 1954,591.

46)So aber ausdrücklich Krause S.18; Büchner S.22; Bettermann DÖV 1954,304; so auch Wolff(3) S.351; Bender S.181 u.a.,wenn sie die Gefährdungshaftung unter die schuldlos-rechtswidrigen Eingriffe einordnen.

47)Richtig: Schack DÖV 1961,728; Reinhardt,Gutachten S.257: In besonderen Fällen könne eine Konkurrenz mit schuldhaft rechtswidrigen Schädigungen in Frage kommen, z.B.im Falle des RGZ 104,18 ff.(Vgl.§ 6 V!)

V. Typische Gefahr:

Der mit überlegenen, insbesondere mit Zwangsmitteln ausgestattete Staat birgt zwar die Gefahr in sich, daß seine Organe und Einrichtungen fehlgehen und den einzelnen Bürgern daraus besondere Opfer entstehen können. Diese Gefahr ist aber nur eine generelle und abstrakte, die dem menschlichen Handeln, dessen sich auch die öffentliche Hand bedienen muß, wesensgemäß anhaftet. Man kann deshalb nicht davon sprechen, daß die Ausübung öffentlicher Gewalt insgesamt eine der Gefährdungshaftung entsprechende typische, außergewöhnliche Gefahrenquelle darstelle, auch dann nicht, wenn man in Einzelfällen nicht vermeidbare Unzulänglichkeiten staatlicher Einrichtungen berücksichtigt[48]. Das weit überwiegende staatliche Wirken - die eingreifende, wie die vorsorgende Tätigkeit - bringt sowohl in ihrer Zielrichtung, als auch in ihren Folgen einen deutlich erkennbaren Nutzen für die Allgemeinheit. Im übrigen fehlt der Staatshandlung im ganzen die dem Begriff der Gefahr eigene Vergleichbarkeit mit anderen, evtl.weniger schädlichen Staatsformen: Der Idealstaat ist eine Utopie[49].

Spezifisch und besonders gefährlich ist auch nicht eine der drei Gewalten, sondern immer nur die einzelne staatliche Tätigkeit. Hier kann man auch durchaus Vergleiche ziehen mit der fehlerlosen Ausübung öffentlicher Gewalt. Dabei steht weniger der Rechtsirrtum im Vordergrund, obwohl er bei den ausschließlich zur Rechtssetzung und Rechtsanwendung berufenen Stellen von erheblicher Tragweite sein kann, sondern in erster Linie der vom staatlichen Willen in tatsächlicher Hinsicht abweichende Kausalverlauf[50]. Auszuscheiden sind vorallem die

---

48) So auch Krause S.25 f; Büchner S.22 ff; Bettermann DÖV 1954, 303; Fahrenkrug S.31 f; Bachof S.117 Anm.10a,S.129; Jaenicke DÖV 1961 S.858; Leisner DÖV 1961 S.860; bedenklich Scheuner DÖV 1955,545: die Haftung für schuldlos-rechtswidrige Handlungen könne aus der Gefährdung abgeleitet werden.

49) So richtig Katzenstein,Abhandlungen S.30; dagegen kann ihm u. Leisner DÖV 1961,S.860 nicht gefolgt werden, wenn sie eine Gefahr auch für einzelne Staatstätigkeiten ablehnen.

50) Bei den von der Lit.angeführten Beispielen handelt es sich meist um tatsächliche, nicht rechtliche Einwirkungen.- Vgl. § 6 ! Gefährliches staatliches Handeln nimmt auch Salzwedel ArchöffR 1962,103 entgegen Jaenicke u.Leisner DÖV 1961,858,860an

allgemeinen Risiken, die entweder"zeitlich oder örtlich unbegrenzt". oder denen "jeder ausgesetzt ist". Bei Seuchen und Überschwemmungen fehlt es schon am staatlichen Handeln; aber auch die allgemeinen Kriegsbeschädigungen, soweit sie nicht auf spezielle Verwaltungsanordnungen zurückzuführen sind, zählen nicht hierher[51].

Der G e s e t z g e b e r kann zwar, weil er nicht immer die Folgen seiner Gebote und Verbote zu übersehen vermag, eine Gefahrenquelle für den Eintritt ungewollter Schäden bereiten. Sie ist aber zunächst unberechenbar, abstrakt und trifft alle gleich; erst die bestimmte staatliche Einwirkung schafft die relevante, besondere Gefahr. Wo der Betroffene unmittelbar dem Gesetzgeber gehorcht und deswegen eine außergewöhnliche Einbuße erleidet (z.B.in § 330c StGB)[52], ist das Sonderopfer nicht unmittelbare Folge einer vom Staate (Gesetzgeber), sondern von anderen Umständen herrührenden Gefahrensituation. Das Handeln des Gesetzgebers löst daher keine konkrete Gefahr aus (vgl.§ 5 B II 2!).

Wie die Aufhebungen durch Rechtsmittelgerichte beweisen, lassen sich auf Rechts- oder Tatsachenirrtum beruhende Fehlentscheidungen der R e c h t _ s p r e c h u n g s organe nicht vermeiden. Die Gefahr eines endgültigen Schadens ist aber durch die Einräumung von Rechtsbehelfen, durch die Möglichkeit von Sicherheitsleistung und Einstellung der Vollstreckung, sowie Ersatzansprüchen, jedenfalls im Bereich der Zivil-[53]aber auch der Verwaltungsgerichtsbarkeit[54]so weitgehend herabgemindert, daß man von einer besonderen Gefahr nicht mehr sprechen kann. Anders verhält es sich bei der Ver-

---

51)Forsthoff VR(8)S.318; Wilke S.54;Schack DÖV 1961,729 Anm.21; Barkhau S.84; - a.A.ohne Begründung: Kühne,NJW 1957 S.611 hinsichtl.Kriegsschäden; Wilke S.77 u.Landmann VR S.206 auch bei Verletzung öffentl.Bediensteter. Vgl.BGHZ 20,64.

52)Vgl.Barkhau S.38,62,87 - Die Frage, ob Gesetzgebungsakte eine besondere Gefahrenlage bereiten können, wurde bisher nicht erörtert.

53)Vgl.§§ 511 ff,707 ff,921,302 IV, 717 II, 945 ZPO.

54)Vgl.§§ 124 ff,80 VwGO; daneben ist ein allgemeiner Folgenbeseitigungsanspruch anerkannt. - Vgl.§ 11 u.Bachof S.129.

urteilung und der nach § 114 StPO erfolgenden Festnahme Unschuldiger. Aufhebung des Schuldausspruches und Entschädigung[55] können die Einbuße an Freiheit und Ansehen nur unzureichend wettmachen. Die Recht-sprechungsakte wollen aber grundsätzlich den tatsächlich Betroffenen, und zwar in dem Umfang, wie er in der Entscheidung zum Ausdruck gekommen ist, in Anspruch nehmen und scheiden insoweit schon wegen ihrer Zielgerichtetheit aus dem Kreis der Gefährdungshaftung aus (vgl. § 4 II!). Wenn trotzdem durch ungewollte Heranziehung ein Schaden entsteht, handelt es sich, soweit nicht der Betroffene selbst dazu Veranlassung gegeben hat, um Unrichtigkeiten, die in einem einfachen Berichtigungs- oder in einem Anfechtungsverfahren behebbar sind. Eine typische Gefahr ist diesen Fällen nicht eigen.

Als eigentliche Gefahrenquelle verbleiben demnach nur einzelne V e r w a l t u n g s tätigkeiten und hier insbes. die Maßnahmen zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung: Der Gebrauch von Schußwaffen bei einer Verbrecherjagd in dicht bewohnten Gegenden, der Einsatz von Kraftfahrzeugen der Polizei, der Feuerwehr oder des Sanitätsdienstes bei Unglücksfällen ist für die Passanten und Anlieger mit erhöhten Gefahren für Leben und Eigentum verbunden. Auch die Heranziehung von Unbeteiligten bei der Festnahme eines Straffälligen oder in Notfällen, sowie der Einsatz des Feuerwehrmannes bei Bränden, Seuchen oder anderen Katastrophenfällen bedeutet für diese Person außergewöhnliche Risiken[56]. Selbst die allgemein gesundheitserhaltenden Maßnahmen der Zwangsimpfung und Zwangsbehandlung Geschlechtskranker bergen typische Möglichkeiten erheblicher Gesundheitsschäden in sich[57].

---

55) § 1 d.Gesetzes betr.die Entschädigung der im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochenen Personen v.20.5.1898 (RGBl.S.345 ff); § 1 d.Ges.betr.die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft v.14.7.1904 (RGBl. S.321 ff). - Goldschmidt S. 131f; Schattenberg S.13 vergleichen sie zu Unrecht mit der Haftung für Betriebsgefahren u.mit der Garantiehaftung.

56) Vgl.Forsthoff VR (8) S.315,318; Schack DÖV 1961 S.729; Wilke S. 55f,60; Fischer S. 57; Rinck S. 12f - Rspr.Vgl. § 6 I,II.

57) Vgl. Schack DÖV 1961,729; Fischer S.57; Rinck S.12 f; - Rspr. vgl. § 6 III.

Die spezifische Gefährlichkeit einzelner hoheitlicher Handlungen ist aber nicht nur auf die mit Zwangsgewalt ausgestattete Eingriffsverwaltung im engeren Sinn beschränkt. Auch die von einem Militärschießplatz oder Truppenübungsplatz abirrenden Geschosse oder Sprengstücke können den Einzelnen empfindlich schädigen, ebenso wie die zündenden Funken einer Lokomotive[58], wenn man den Bahnbetrieb als hoheitlich ansieht.

Bestimmte Staatsorgane begründen also in Ausübung hoheitlicher Gewalt durch tatsächliche oder rechtliche Maßnahmen Gefahrenquellen, aus denen sich unmittelbar oder mittelbar (durch Hinzutritt anderer Umstände) typische und außergewöhnliche Schäden für einzelne Personen entwickeln. Schadensobjekt sind grundsätzlich nur die körperliche Integrität und Sachwerte; bei andauernder Störung durch Immissionen ist auch eine Beeinträchtigung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes denkbar. Der Einzelne kann sich dieser Einwirkung nicht entziehen, die Verwaltung sie wegen des gemeinen Nutzens der Tätigkeit im allgemeinen nicht vermeiden[59].

Das Begriffsmerkmal der "Gefahr" deckt sich in diesen Fällen weitgehend mit dem der zivilrechtlichen Gefährdungshaftung. Die Beispiele machen jedoch deutlich, daß es sich bei den Gefährdungsfällen im öffentlichen Recht zwar auch um empfindliche, aber doch nicht um derart massierte Schäden handelt, wie sie von den heutigen Verkehrsmitteln verursacht werden.

VI. Ergebnis:

Die Untersuchung hat gezeigt, daß es auch im Bereich des öffentlichen Rechtes Schäden gibt, die durch staatliches Handeln in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht adäquat ver-

---

58) Nur bei Ausübung öffentlicher Gewalt: Wilke S.76; Furler VArch 33,S.425; nun auch Schack DÖV 1961,733 (früher:Gutachten S. 26: bei Entzug der Abwehrklage); Ausdrücklich hins.Funkenflug: Forsthoff VR(8)S.315 - vgl.auch O.Mayer VR(3)S.121 ff.

59) Forsthoff VR(8) S.315,318; Schack DÖV 1961,S.729; Koellreutter S.63; Bachof S.129; Katzenstein S.29; Barkau S.84. Vgl.auch Beisp.bei Salzwedel ArchöffR 1962 S.103,der aber typische Gefahr nicht für wesentlich halt.

ursacht, aber weder gewollt, noch im Einzelfall in Kauf genommen sind. Aus einer vom Staate geschaffenen besonderen, typischen, aber begrenzten Gefahrenlage erwachsen erhebliche und plötzliche Verletzungen, vorallem an Leben und Gesundheit, aber auch an Sachgütern, die weder vom Betroffenen, noch von der öffentlichen Hand abgewendet werden können, es sei denn, diese würde die gefährliche, aber allgemein nützliche Tätigkeit überhaupt einstellen. Die riskante Einzelhandlung kann rechtmäßig sein (vorallem bei mittelbarer Schädigung), aber auch, trotz des allgemein erlaubten Unternehmens, rechtswidrig (meist bei unmittelbarer Verletzung). Mit der gefährlichen Verwaltungstätigkeit kann auch Fahrlässigkeit (nicht aber Vorsatz) des Amtswalters einhergehen.

Dieser Begriff soll sich im folgenden bewähren, indem einzelne damit fälschlich in Verbindung gebrachte Tatbestände aus dem Bereich der öffentlich-rechtlichen Gefährdungsfälle ausgeschieden und andere, passende dort eingeordnet werden.

ZWEITER TEIL

Bewährung des Begriffs der öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung

§ 5 Auszuscheidende Grenzfälle

A. Fälle des Privatrechtes:

I. Immissionsfälle:

In der Literatur werden teilweise die von einem Grundstück oder Betrieb ausgehenden schädlichen Einwirkungen (sog. "Immissionsfälle") der öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung zugerechnet[1]. Das RG hat aus dem Rechtsgedanken der §§ 904 (später 906) BGB, § 26 GewO, § 75 EinlALR, manchmal auch aus § 25 PrEisenbG und aus Art.9 der PrVerfUrk folgenden allgemeinen Rechtsgrundsatz entwickelt: Der Inhaber einer Schadensquelle muß für alle - auch bloß rechtswidrig-schuldlosen - Einwirkungen auf das Grundeigentum eines anderen Entschädigung leisten, wo diesem die ihm nach § 1004 BGB oder aus entsprechenden Bestimmungen zustehende Abwehrklage wegen einer entgegenstehenden Sondernorm oder auch aus überwiegendem öffentlichen Interesse entzogen ist[2]. Der Ersatzanspruch tritt an Stelle der ausgeschlossenen Unterlassungsklage, die nur zulässig ist, wenn eine Beeinträchtigung bereits eingetreten oder ausnahmsweise unmittelbar bevorsteht und Wiederholungen zu befürchten sind[3].

Darunter fallen aber grundsätzlich nur die normalen, mit

---

1) Reinhardt, Gutachten S.257; Schlochauer S.224; Haas S.51; O.Mayer VR(3)S.122; Kronstein VArch 35,S.198f; Scheuner, Verfassungsschutz S.86,107, DÖV 1955 S.547; Schack, Gutachten S. 15, JR 1958,208; BB 1956,412.- a.A.Schack DÖV 1961,732f; Forsthoff VR(8)S.315.

2) Vgl.RGZ 58,130(134f); 63,374(376); 100,69(74); 101,102(105); 104,81(84); 139,29(33f); 147,353(355); 159,68(72); 167,14 (25f); 170,40(44); BGHZ 16,366(369f).

3) RGZ 101,335(340); BGHZ 2,394; Palandt(20) § 1004 Anm.2 b c; RGRK(11)§ 1004 Anm.56; Soergel-Siebert(9)§ 1004 Anm.3,59.

dem Betrieb notwendig verbundenen und sich darum häufig wiederholenden Schädigungen, wie Rauch, Ruß und Erschütterungen durch die Eisenbahn, der von einem Militärschießplatz und der Rohrpostanlage ausgehende Lärm[4], nicht aber die außergewöhnlichen, plötzlichen Beeinträchtigungen. Der durch Funkenflug der Eisenbahn, die Explosion einer Dynamitfabrik oder durch den Flugzeugabsturz entstandene Sachschaden trifft den Geschädigten gewöhnlich nur einmal, dafür aber umso schwerer[5]. Hier tritt der Ausgleichsanspruch grundsätzlich nicht an Stelle einer ausgeschlossenen Abwehrmöglichkeit, weil diese ohne vorhergehende beweisbare Beeinträchtigung und ohne Wiederholungsgefahr gar nicht bestand, vorallem dann nicht, wenn eine nahe räumliche Beziehung fehlte[6]. Das RG hat darum in späteren Entscheidungen einen Ersatzanspruch nicht nur bei rechtlicher Unmöglichkeit, sondern auch dort gewährt, wo der Betroffene die Einwirkung nur tatsächlich nicht verhindern konnte[7]. Schließlich hat es Schadensersatz nicht nur seit Klageerhebung, sondern auch für die Vergangenheit zugesprochen und hat damit den Grundsatz, daß dieser an die Stelle der ja für die Zukunft wirkenden Unterlassungsklage trete, endgültig aufgegeben[8]; folgerichtig hat es zuletzt auf das überwiegende öffentliche Interesse abgestellt (vgl.Anm.2!).

Ausschlaggebend für den Ersatzanspruch ist daher nicht der Entzug eines tatsächlich bestehenden Rechtsbehelfes. So-

---

4) RGZ 24,36(38); 59,70(74); 44,225f (Lärm einer Militärwerkstätte); 70,150(152); 73,270f; 78,202(206); 50,225(228f: Von Petroleumraffinerie ausgehende Feuer-u.Explosionsgefahr).

5) RGZ 17,103; 58,130(134f); 100,69(74); 101,102(105); 104,81 (84f).

6) Vorallem bei einem Flugzeugabsturz: vgl.RGZ 100,69ff; ebenso Meisner-Stern-Hodes S.628ff; Kuhles S.11ff; Hubmann,JZ 1958 S.491.

7) Bereits RGZ 100,69(74); 101,102(105): wenn auch mit rechtlicher Unmöglichkeit begründet; RGZ 104,81(86); 167,14(25ff) - Vgl.Meisner-Stern-Hodes S.630f.- a.A.OLG Oldenburg JR 1958, 223; RG,JW 1910,74.

8) RGZ 104,81(86),insbes.RGZ 139,29(36) - a.A.noch RGZ 105,213 (214/8); vgl.auch Hubmann,JZ 1958,S.491; Meisner-Stern-Hodes S.628; Soergel-Siebert(9) § 903 Anm.64ff; RGRK(11) § 906 Anm.33 ff.

weit die Entschädigung doch an seine Stelle tritt, handelt es sich um normale, im Einzelfall in Kauf genommene Betriebsschäden, die daher zu den Eingriffs- und nicht zu den Gefährdungstatbeständen zählen.

Anders verhält es sich mit den außergewöhnlichen Schäden, die z.B. durch den Funkenflug einer Lokomotive, den Absturz eines Flugzeuges oder durch Explosion entstehen. Da sich diese Unfälle trotz aller Sicherungsvorkehrungen immer wieder einstellen, rechnet man im allgemeinen mit ihnen; im Einzelfall sind sie aber weder gewollt, noch in Kauf genommen, wie Hubmann[9] meint. Daraus folgt, daß bei außergewöhnlichen Immissionsschäden ein finaler Eingriff fehlt[10]. Das RG hat auch wiederholt richtig erkannt, daß sie auf einer typischen Gefährlichkeit der Immissionsquelle beruhen[11]. Ich vermag daher insoweit keinen Unterschied zu den Gefährdungsfällen der Haftpflichtgesetze zu erkennen. Der Gesetzgeber hat später auch tatsächlich die Brandschäden der Eisenbahn und die Schäden aus Flugzeugabsturz und Gasexplosionen in Normen geregelt, die heute allgemein als Gefährdungstatbestände anerkannt werden[12]. Die Immissionsfälle enthalten daher nicht nur Eingriffs-, sondern auch Gefährdungstatbestände.

Von einer öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung kann aber nur dann die Rede sein, wenn die Gefahrensituationen, aus denen sich unmittelbar und plötzlich ein Schaden entwickelt, durch hoheitliches Handeln geschaffen wurden. Der Ausschluß eines Abwehrrechtes auf Grund einer Sondernorm oder

---

9) Hubmann,JZ 1958,492f rechnet die Immissionsschäden zum bürgerlich-rechtl.Aufopferungsanspruch, dessen Kriterium er im Gegensatz zur Gefährdungshaftung gerade im zweckbestimmten Eingriff sieht.- A.A.RGZ 79,427(433): Die unbewußte Patenverletzung stehe einem Aufopferungsanspruch nicht entgegen.

10) Vgl.Forsthoff,VR(8)S.304,315; Wilke S.73; Schack,DÖV 1961, 733; Lührs S.53.

11) RGZ 17,103f; 104,81(83);-147,353(354) spricht ausdrücklich von "Gefährdungshaftung"; während dieser Begriff von RGZ 159, 68(72) abgelehnt wird.

12) Vgl.§ 1 SHaftpflG, §§ 11,33 LuftVG, § 1a RHaftpflG, BGHZ 20, 85f; Soergel-Siebert(9) § 903 Anm.64 ff; Wilke S.74; Forsthoff,VR(7)S.315 - a.A.Meisner-Stern-Kodes S,626 hinsichtl.der Schäden des § 906; vgl.aber Staudinger(11) § 906 Nr.16.

aus überwiegendem öffentlichen Interesse kann zwar für den Schaden adäquat ursächlich sein, wenn der von der Einwirkung Bedrohte deswegen Abwehrmaßnahmen unterläßt. Ohne die evtl. erforderliche Konzession des gefährlichen Unternehmens würde auch der Unfall nicht eintreten. Der Staat führt aber damit noch keine besondere Gefahrenlage herbei. Erst der schadensgeneigte Betrieb setzt die wesentliche Bedingung für die konkrete Rechtsverletzung[13]. Wäre es nicht so, dann müßte auch die Zulassung eines später kollidierenden Kraftfahrzeuges eine öffentlich-rechtliche Entschädigung auslösen. Der Ersatzanspruch wird auch nicht dadurch zum öffentlich-rechtlichen, weil der Staat im Interesse des Gemeinwohls den überwiegenden Nutzen des Unternehmers höherbewertet als die Gefahr eines Schadens[14]. Der Gedanke der Interessenabwägung beherrscht unsere ganze Rechtsordnung und führt auch zu einer Einstandspflicht des Unternehmers: Er hat in erster Linie den Nutzen und soll auch die Kosten tragen, soll denjenigen entschädigen, der die von ihm geschaffene Gefährdung und schließlich die daraus resultierende Verletzung hinnehmen muß (vgl. § 3 B II 5 a.E.). Der Schadensausgleich erfolgt zwischen gleichgeordneten Beteiligten auf privatrechtlicher Ebene.

Auch daraus, daß das RG § 75 EinlALR und Art.9 PrVerfUrk zur Begründung einer Rechtsgrundlage heranzog,[15] kann ein Beweis für den öffentlich-rechtlichen Charakter dieses Anspruchs nicht hergeleitet werden. Das RG ließ sich anfangs vom Gedanken der Fiskustheorie leiten und sah daher alle vermögensrechtlichen Ansprüche als privatrechtliche an[16]. Außerdem hat es ja nur den allgemeinen Rechtsgedanken dieser Bestimmungen, die ohne Zweifel öffentlich-rechtliche Sachverhalte regeln,

---

3)Hubmann,JZ 1958 S.490; Lührs S.52f; Meisner-Stern-Hodes S. 630 ff; Stachow S.65; Furler VArch 33 S.425 Anm.225. - A.A. Schack, JR 1958,207 ff; Kuhles S.60; wohl auch Scheuner,Verfassungsschutz S.86,DÖV 1955,S.547; unentschieden DÖV 1961, S.732(Schack).Richtig Salzwedel ArchöffR 1962 S.102.

14)So richtig Hubmann JZ 1958,490; Katzenstein, Abhandlungen S.73.

15)Vgl.RGZ 58,130(136); manchmal vergleicht das RG die Entschädigungen sogar ausdrücklich mit der Enteignung; RGZ 104,81(84); 50,225(229); 59,70(74).

16)Das RG gab die Fiskustheorie erst endgültig und ausdrücklich auf in RGZ 99,41(45) vom 30.4.1920.

aber doch dem Wesen der §§ 904, 906 BGB und § 26 GewO ähnlich sind, verwendet. Der Grundgedanke ist, daß derjenige, der ein besonderes Opfer im Interesse der Allgemeinheit bringen muß, dafür entschädigt werden soll. Das ist aber nichts anderes als ein Aufopferungsanspruch, der sowohl Eingriffs- als auch Gefährdungstatbestände[17] enthält. Eine reine Gefährdungshaftung tritt uns nur in jenen Immissionsfällen entgegen, wo eine finale und rechtmäßige Schädigung nicht tatbestandsmäßig ist, wie z.B. in § 1a RHaftpflG oder § 1 SHaftpflG.

Im übrigen handelt es sich um einen bürgerlich-rechtlichen Aufopferungsanspruch[18], der heute auf Grund der im Ergebnis allgemein gebilligten Rechtsprechung zum Gewohnheitsrecht erstarkt ist[19]. Das trifft in der Regel auch auf die von der öffentlichen Hand betriebenen riskanten Unternehmen zu. Ein von O.Mayer vertretenes "öffentliches Nachbarrecht", wonach die Einwirkungen von Grundstücken der hoheitlichen Verwaltung öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen darstellen, ist in Deutschland ebensowenig anerkannt, wie ein "öffentlich-rechtliches Eigentum"[20]. Auch die von einer öffentlichen Anstalt ausgehenden Immissionen werden

---

17) So auch Stachow S.107 - a.A.Hubmann, JZ 1958,493; Soergel-Siebert(9) § 903 Anm.64 ff; OLG Oldenburg,JR 1958 S.222f: Die Gefährdungshaftung müsse ausdrücklich angeordnet sein.- Das schließt aber nicht aus, daß eine Norm Eingriffs- und Gefährdungsfälle ergreift.- Nach Meisner-Stern-Hodes(3)S.628; Katzenstein,Abhandlung S.8 handelt es sich um reine Gefährdungshaftung.

18) Im Ergebnis, wenn auch nicht in der Begründung, richtig: Hubmann JZ 1958,491; ebenso: Soergel-Siebert(9) § 903 Anm. 64ff; Palandt(20) § 906 Anm.5; Staudinger(11) § 906 Anm.49; Wolff(3) § 61 Ic; BGHZ 9,209(211),OLG Oldenburg JR 1958 S.222f; wohl auch Schack DÖV 1961,732. Für privatrechtlichen Anspruch grundsätzlich auch: Wilke S.76; Bachof S.121; Holstein S.56; Bender S.186; Stödter,Entschädigung S.17ff,49; Furler,VArch 33 S.425 Anm.225; Forsthoff,VR(8)S.304, mit Ausnahme der Funkenflugschäden, S.318.

19) Meisner-Stern-Hodes(3) S.632; Kuhles S.85.

20) O.Mayer,VR(3)S.120 ff; Entschädigungspflicht S.10 - Richtig Holstein S.66; Wilke S.75 f ; Fleiner, Institutionen S.357; Vgl.auch Lit.zu Anm.18!

meist dem Zivilrecht zuzuordnen sein[21]. Wie jeder Hoheitsträger kann auch die Anstalt dem Einzelnen in einem Verhältnis der Gleichordnung oder Überordnung gegenübertreten. Maßgebend ist, ob die konkrete Tätigkeit jeder Privatperson möglich ist, oder ob sie in dieser Art und Weise nur ein Hoheitsträger ausüben kann. Nur bei den von öffentlichen Unternehmen ausgehenden Immissionen, in denen sich typischerweise die Ausübung hoheitlicher Gewalt zeigt, kann man von öffentlich-rechtlichen Gefährdungsfällen sprechen (vgl.§ 6 IV); in den übrigen Fällen ist das Zivilrecht maßgebend[22].

II. Vollstreckungsschäden:

Im Zivilprozeß kann der Gläubiger einen zugebilligten Anspruch grundsätzlich schon vollstrecken, bevor über ihn endgültig entschieden ist (§§ 704,928 f ZPO); die Verwirklichung dieses aufschiebend bedingten Rechtes erfolgt jedoch auf die Gefahr hin, daß es sich später als unbegründet erweist. Obschon das Vorgehen des Gläubigers von der Rechtsordnung im Einzelfall in Kauf genommen wird und darum rechtmäßig ist[23], ist er verpflichtet, dem Schuldner den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen (§§ 302 IV 3, 600 II, 717 II, 945 ZPO). Die Literatur sieht darin eine bürgerlich-rechtliche Gefährdungshaftung[24]. Dem steht entgegen, daß der Schädiger den Eingriff will[25], und daß die Vollstreckung wegen der grundsätzlichen Möglichkeit der Sicherheitsleistung und der Einstellung der Zwangsvollstreckung (§§ 708 ff,921 II ZPO) im allgemeinen nicht die Gefahr eines außergewöhnlichen Schadens in sich birgt; auch die den Haftpflichttatbeständen eigene zerstörende Wirkung fehlt. Es handelt sich um eine Eingriffshaftung, die der aus der irrtümlichen Selbsthilfe entspricht (§ 231 BGB).

---

21) Ausdrücklich Stödter,Entschädigung S.20ff; Wilke S.75f;-a.A. Giese,Aufopferungsanspruch S.45ff; Bender S.187.

22) So auch Forsthoff,VR(8)S.3o4; Schack DÖV 1961 S.733;Wilke S.75f.

23) Rosenberg(8)S.907;Seuffert-Walsmann § 717 Anm.2;-a.A.Goldschmidt S.112f; Stein-Jonas-Pohle § 717 Anm.II; wohl auch Wieczorek Bd. IV S.102; widerspruchsvoll Baumbach-Lauterbach § 717 Anm.2.

24) Vgl.Lit.Anm.23! RGZ 108,253(254).

25) So richtig BGHZ 30,123(126).

Jedenfalls liegt aber keine öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung vor, wenn auch die Heranziehung des Gläubigers zum Ersatz diese Möglichkeit nicht unbedingt ausschließen würde. Denn auch das Gericht nimmt die Vollstreckung im Einzelfall bewußt in Kauf und schafft wegen der vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Sicherungen keine besondere Gefahrenlage (vgl.§ 4 II !). Von einer Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht kann darum auch dann nicht gesprochen werden, wenn der Staat selbst als Gläubiger hoheitlich auftritt, z.B. einen unrichtigen Steuerarrest vollzieht; dabei ist es gleich, ob man die Rechtsgrundlage der Entschädigung in dem angeblich in § 945 ZPO zum Ausdruck gekommenen allgemeinen Gedanken[26)] oder im Enteignungsrecht erblickt.

B. Fälle des öffentlichen Rechts:

I. Eingriffstatbestände:

Auch die Entschädigung für unschuldig verhaftete und verurteilte Personen, die wegen der unmittelbaren Ausübung hoheitlicher Gewalt dem öffentlichen Recht zuzurechnen ist, wurde mit der Gefährdungshaftung in Verbindung gebracht[27)]. Die typische Gefahr mit der Möglichkeit außergewöhnlicher Schäden kann hier nicht geleugnet werden. Das Opfer beruht aber ebenfalls auf einem bewußten und gewollten Eingriff in die Freiheitssphäre des Einzelnen, der eine Gefährdungshaftung gerade ausschließt. Dasselbe gilt für die rechtswidrige Konkurseröffnung[28)]. Deswegen fällt auch die unberechtigte Einweisung in eine Nervenheilanstalt und die unzulässige Sterilisation nach dem Erbgesundheitsgesetz vom 14.7.1933 (RGBl I S.529) nicht in diesen Bereich. Damit ist noch nicht gesagt, daß auch keine

---

26) So BGHZ 30,123(128); RGZ 108,253 ff. hatte noch eine Entschädigung abgelehnt.

27) Vgl.§ 4 zu Anm.55! Wenn Goldschmidt S.117,140; Schattenberg S.13 den Anspruch als bürgerlich-rechtlichen bezeichnen, so beruht das auf der Anwendung der überholten Fiskustheorie.

28) Vgl.BGH,NJW 1959,1085 - a.A.Janssen S.153, der hierin einen Gefährdungstatbestand sieht.

Aufopferungsentschädigung zu leisten ist[29]. Der Einwand, das Gesetz fordere das Opfer und treffe alle gleich, ist verfehlt; nur dem geistig Anomalen mutet es das Opfer zu, nicht dem Gesunden. Auch § 839 II BGB steht, jedenfalls bei nichtstreitentscheidenden Erkenntnissen, nicht entgegen: Diese Bestimmung schließt an sich nur die auf Schadensersatz gehende Amtshaftung aus, nicht auch den eingeschränkten Aufopferungsanspruch[30].

Der Lärm des Militärschießplatzes[31], die üblichen Schäden bei Manövern und auf Truppenübungsplätzen[32] sind bei Ausübung der hoheitlichen Gewalt im Einzelfall ebenso in Kauf genommen, wie wenn eine aktiv nicht beteiligte Person innerhalb einer aufrührerischen Zusammenrottung durch Abwehrmaßnahmen verletzt wird[33]. Als Eingriffstatbestand erweist sich auch folgender vom RG entschiedener Fall[34]: Zwei nichtuniformierte Zollbeamte sollten einen angezeigten Transport von Schmuggelwaren stellen. Als ein von ihnen gestoppter Wagen, dessen Insassen an einen Raubüberfall glaubten, nicht anhielt, sondern beschleunigt weiterfuhr, schossen die Beamten auf den Wagen und trafen ihn auch. Der Wagen rannte daraufhin an einen Baum, die Insassen wurden schwer verletzt. - Die Staatsorgane wollten den Wagen treffen und nahmen auch

---

29) So aber OLG Hamm, NJW 1954, 559f; OLG Celle, NJW 1956, 1114 f: dort auch zitiert BGH III ZR 234/52 v. 30.11.1953; ebenso Wilke S. 87 - a.A. OLG Celle, NJW 1954, 559.

30) A.A. OLG. Celle, NJW 1956, 1114 f. - Nicht speziell geregelte Entschädigungsfälle für Gerichtsentscheidungen sind i.ü. selten und erfahren durch das besondere Opfer, Mitverschulden etc. eine erhebliche Einschränkung - vgl. Haas S. 41; Janssen G. S. 124f. - a.A. auch BGH, NJW 1962 S. 1500ff

31) Vgl. RG, Reger 16, S. 99(101); RGZ 24, 36(38); 96, 215(218).

32) So richtig OLG Celle, JZ 1961, 372: Durch Schießübungen wurde auf einem Truppenübungsplatz liegendes Holz beschädigt; a.A. Schack JZ 1961, 373, der einen nicht gezielten Eingriff und damit Gefährdungshaftung annimmt; richtig BGH, DÖV 1962, 543.

33) Vgl. Tumultschädengesetz v. 12.5.1920 (RGBl. I S. 941); RGZ 104, 257ff. Wenn Wilke, S. 77, hier Gefährdungshaftung annimmt, so ist dies nur richtig, sofern die abirrende Kugel einen abseits stehenden Passanten trifft - Vgl. § 6 I.

34) RG. Warneyer Rspr. 1935, Nr. 9 hat einen Aufopferungsanspruch zu Unrecht abgelehnt

in Kauf, daß dieser verunglückte und die Insassen verletzt wurden. Der Schaden beruht auf einer Personenverwechslung (error in persona), der die Finalität des Eingriffs nicht ausschließt.

Obgleich diese Hoheitsakte teilweise mit erheblichen Gefahren verbunden sind, fallen sie daher nicht in den Bereich der Gefährdungshaftung. Schließlich gehören auch die gewollten, normalen Verletzungen und Folgen der Zwangsimpfung, der Zwangsbehandlung Geschlechtskranker und der Blutgruppenuntersuchung (§ 372a ZPO) hierher[35].

II. Fehlende außergewöhnliche Gefahr:

1. Verkehrssicherungspflicht:

Das RG hat in seiner Entscheidung vom 23.2.1903[36] den Grundsatz aufgestellt, daß jeder Verfügungsberechtigte, der eine Sache (insbesondere Räume und Grundstücke) dem öffentlichen Verkehr gewidmet hat, für deren verkehrssichere Beschaffenheit nach bürgerlichem Recht (§ 823 I BGB) verantwortlich sei und den Schaden zu ersetzen habe, wenn er diese Pflicht schuldhaft verletze. Ebenso hafte eine Juristische Person des öffentlichen Rechts für den die Sicherheit gefährdenden Zustand öffentlicher Wege und Plätze, obschon die Unterhaltungspflicht im öffentlichen Recht begründet sei. Sie könne auf diesem Gebiet keine gesonderte Rechtsstellung beanspruchen. Später hat es die Anbringung und Unterhaltung von Verkehrszeichen als Aufgabe der Verkehrspolizeibehörde aus dem Bereich der Verkehrssicherungspflicht verwiesen und dem öffentlichen Recht zugeteilt[37]. Der BGH hat diese Rechtsprechung im Ergebnis übernommen. In der abweichenden Begründung stellt er aber richtig fest, daß die öffentlich-

35) Vgl. BGHZ 9,83(88,92); Weber, ZAkfDR 1938 S.136; Schack MDR 1953, 612.

36) RGZ 54,53ff, sowie RGZ 68,358ff; 89,136ff; 106,342ff; 147, 275ff u.a.

37) RGZ 121,404(407f); 162,273(276ff); ebenso BGH, NJW 1952 S.1214 u.a. - a.A. RGZ 154,16(25)

rechtliche Sachherrschaft, aus der auch die Unterhalts- und Verkehrssicherungspflicht erwächst, die privatrechtliche verdrängt[38]. Der private Eigentümer habe nur die Nutzung zu dulden, könne aber über den dem Verkehr gewidmeten Gegenstand nicht mehr verfügen und sei daher auch nicht mehr zur Verkehrssicherung verpflichtet. Trotzdem kommt das Gericht zu einer zivilrechtlichen Haftung analog dem Grundgedanken des § 836 BGB: Die Verkehrssicherungspflicht erwachse "aus der objektiven Gefahrenlage, die mit der Benutzung des öffentlichen Weges oder der Wasserstraße entstehe", gleichgültig, ob eine Privatperson oder eine Körperschaft des öffentlichen Rechts dafür verantwortlich sei. Nur wo der Staat durch einen "der Allgemeinheit kundgemachten Organisationsakt" die Verkehrssicherungspflicht zur Amtspflicht erhoben habe, hafte er aus § 839 BGB. Daran hat die Rechtssprechung unter Zustimmung des überwiegenden Schrifttums festgehalten, wenn der BGH auch später wieder § 823 BGB heranzieht[39].

Diese Ansicht ist mit Recht auf erhebliche Kritik gestossen[40]. Von den öffentlichen Plätzen geht normalerweise eine alltägliche Gefahr aus, die sich erst bei besonderen Naturereignissen (z.B. Glatteis, Frostaufbrüche, Steinschlag) oder bei schuldhaftem Verhalten der verantwortlichen Organe zu einer außergewöhnlichen steigert. Nur dort, wo der Amtswalter die Gefahr beherrschen könnte, es aber schuldhaft unterläßt, für einen gefahrlosen Zustand der Straße zu sorgen (z.B. nicht streut, nicht beleuchtet oder keine Verkehrsschilder anbringt), kann eine Zurechnung zum staatlichen Willen erfolgen. Auch der BGH erkennt im Ergebnis an, daß nicht die

---

38) BGHZ 9, 373 ff.

39) BGHZ 12,94 ff; 14,83ff; 16,95 ff; Vgl.Palandt (20) § 823 Anm.8; Esser, Schuldrecht S. 868ff; RGRK(11) § 823 Anm.54; Larenz(5) II S. 379; Geigel S. 231; Katzenstein, Abhandlungen S. 23; Schwarze, MDR 1954 S. 584f; Frisius NJW 1953,887ff und 1625f; Schmalzl NJW 1956, 205ff u.a.

40) Forsthoff DVBl 1952, S. 164 ff; VR(8) S.349; Wolff VR (4) S.319f Haueisen NJW 1953, S.1613f; Nedden NJW 1956 S.1014ff; Kraft DÖV 1954 S. 518ff - zweifelnd Frisius NJW 1953 S.889 - O.Mayer Entschädigungspflicht S.11 will Entschädigung auch ohne Verschulden gewähren.

Gefährdung einen Rechtsgrund abgibt, sondern nur das Verschulden, wenn er im Widerspruch zu den vorangegangenen Ausführungen von Deliktshaftung spricht und § 823 bezw. § 836 BGB anwendet[41]. Es liegt also keine Gefährdungshaftung vor.

Wegen der Überlegenheit der öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft kann die Ersatzpflicht aber auch nicht aus der bürgerlich-rechtlichen Verfügungsmacht hergeleitet werden. Die Unterhaltspflicht ist dem Träger der Straßenbaulast durch die öffentlich-rechtlichen Wegegesetze auferlegt. Der geforderte Organisationsakt ist die öffentlich-rechtliche Widmung, die mit der Indienststellung wirksam wird, aber keiner allgemeinen Bekanntmachung bedarf[42]. Aus dieser ausschließlich hoheitlichen Kompetenz folgt auch die öffentlich-rechtliche Natur der Sicherungspflicht für die allgemeinen Verkehrswege, nicht nur gegenüber der Wegeaufsichtsbehörde, sondern auch gegenüber dem Benützer[43]: ein und dieselbe Verpflichtung läßt sich nur einheitlich beurteilen. Besonders fragwürdig wird die Konstruktion der bürgerlich-rechtlichen Ersatzpflicht, wenn die ebenfalls der Verkehrssicherung dienenden, keinen hoheitlichen Befehl enthaltenden Warnzeichen dann doch dem öffentlichen Recht unterstellt werden (vgl.Anm.37).

Dabei besteht für die Verkehrssicherungspflicht der öffentlichen Plätze in § 839 BGB, Art.34 GG eine eindeutige Rechtsgrundlage, die einen Analogieschluß zu § 823 ff verbietet. Wenn auch der Dritte die Sicherungsmaßnahme nicht

---

41)Vgl.BGHZ9,373(387); - Forsthoff,VR(8)S.349; Frisius,NJW 1953 S.1625; Schwarze,MDR 1954 S.585; Kraft DÖV 1954,519 lehnen ebenfalls die Gefährdung als Haftungsgrund ab.

42)So richtig Kraft DÖV 1954,521; vgl.auch Forsthoff VR(8)S. 336,350; Haueisen,NJW 1953 S.1613 sieht bereits in der Regelung der Straßenbaulast einen Organisationsakt; Frisius, NJW 1953 S.1625 unterscheidet zwischen öffentl.-rechtl. Widmung und privatrechtlicher Indienststellung; - aber die Widmung hat das Eigentum bereits zurückgedrängt.

43)Vgl.Wolff (4)S.320f; - a.A.Frisius,NJW 1953 S.887; Schmalzl NJW 1956,207.

verlangen kann, so besteht ihm gegenüber doch die Amtspflicht, so zu verfahren, daß er keinen Schaden erleidet[44]. Wird sie verletzt, so haftet der Staat nach öffentlichem Recht. Nur für ein fiskalisch verwaltetes Unternehmen oder Gebäude muß er nach privatem Recht einstehen. Dann tritt er aber nicht hoheitlich auf und hat, wie die Privatperson, regelmäßig ein verstärktes eigenes Interesse an der Verkehrseröffnung[45].

2. Sonstige Fälle:

Ohne zielgerichteten Eingriff können dem Anlieger Schäden entstehen, wenn das Niveau einer Straße oder eines Wasserlaufes verändert oder ein Fluß reguliert wird[46]. Abgesehen davon, daß hier im Einzelfalle der Anliegerschaden in Kauf genommen, d.h. vom Hoheitsträger zumindest gebilligt sein kann[47], schaffen diese Maßnahmen aber keine anomale Gefahr und scheiden deswegen als Gefährdungstatbestand aus.

Auch die Nothilfepflicht des § 330c StGB birgt nur die abstrakte Möglichkeit eines vom Gesetz nicht zugemuteten Sonderopfers in sich (vgl.§ 4 II,V). Der Geschädigte kann nur einen Versicherungsanspruch nach § 537 Ziff.5a RVO,evtl. auch einen Aufopferungsanspruch geltendmachen, der die Schaffung einer konkreten Gefahrenlage durch Verwaltungshandeln nicht voraussetzt[48]. Wo der Einzelne ohne gesetzli-

---

44)Vgl.Nedden NJW 1956,1015f u.Lit.zu Anm.40.Ein Aufopferungsanspruch dürfte wegen des wohl fehlenden Sonderopfers nicht in Frage kommen.

45)So Forsthoff VR(8)S.350.

46)Die Rspr. hat hierfür wiederholt Aufopferungsanspruch, zuletzt auch Enteignungsentschädigung gewährt:RGZ 35,235ff; 36,272ff; 44,282; 54,260; 167,14(25f); auch BGHZ 30,241ff. u. NJW 1959,1916, der aber einen hoheitlichen Eingriff annimmt. - Janssen G.S.155ff, NJW 1962 S.939(943) sieht darin wohl;zu Unrecht,unterschiedslos öffentl.-rechtl.Gefährdungsfälle.

47)So grundsätzl. Salzwedel ArchöffR 1962 S.104 im Gegensatz zu Schack JZ 1961,373; Haas S.51; vgl.BGHZ 30,241ff.

48)Vgl.Barkhau S.62 - § 330c StGB schafft keine besondere rechtl. Verpflichtung i.S. des § 537 Ziff.5a RVO; vgl.Lauterbach(2) § 537 Anm.28 - a.A.Wilke S.78.

che Pflicht oder gesonderte Anforderung eines Amtswalters in Notfällen (z.B.bei Bränden oder Naturkatastrophen) Hilfe leistet, kommt wegen der fehlenden hoheitlichen Nötigung eine öffentlich-rechtliche Entschädigung überhaupt nicht in Frage[49]. Hier hilft u.U. eine analoge Anwendung der vom RG in mehreren Entscheidungen herangezogenen §§ 677,683,670 BGB, wenn die Hilfe nicht dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen der Staatsorgane widerspricht. Daneben greift § 537 Ziff.5a,c RVO ein, sofern die Hilfeleistung nicht mutwillig ist[50].

III. Allgemeines Opfer:

Die wohl schwersten Opfer fordert der Krieg. Er bedroht heute ganze Völker und Landstriche mit Tod und Verwüstung, Verschleppung, Ausweisung und Beschlagnahme. Wenn auch diese unvorstellbaren Schäden unmittelbar meist vom Feinde ausgehen und nicht von einer deutschen Stelle, so schafft diese doch eine gesteigerte Gefahrenquelle für Personen und Sachen, die sie einsetzt oder in Anspruch nimmt. Sie fallen aber deshalb nicht unter die öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung, weil sie aus einer allgemeinen Gefahrenlage hervorgehen, der jeder ausgesetzt ist[51]. Diese Opfer kann der Staat aus dem Gedanken der Schadensgemeinschaft entsprechend seiner Leistungsfähigkeit und auf Grund eines besonderen Gesetzes nur billig entschädigen[52]. Ein voller Ausgleich,wie bei der Gefährdungshaftung würde die Kräfte des Staates weit übersteigen. Nur dort, wo die Militärbehörde durch eine Verwaltungshandlung ein besonderes, anderen nicht zugemutetes Risiko her-

---

49)So auch Barkhau S.87,96.

50)Vgl.RGZ 167,85(89ff); wohl auch Barkhau S.87; Wilke S.78.

51)So auch Schack,MDR 1953 S.612, DÖV 1961 S.729 Anm.21; Krauthausе S.42f;Giese,Aufopferungsanspruch S.53f; Scheuner,Gedächtnisschrift S.333; Verfassungsschutz S.107; Forsthoff VR(I)S. 318; BGHZ 20,61(64) - Wilke S.77, Landmann VR S.206 sehen darin fälschlich eine Gefährdungshaftung.- Wegen Requisitionsschaden vgl.§ 4 II a.A.!

52)Bundesversorgungsgesetz i.d.F.v.27.6.1960(BGBl I 453); Ges.zur Abgeltung von Besatzungsschäden v.1.12.1955 (BGBl I 734); Lastenausgleichsgesetz v.14.8.1952 (BGBl I 446) mit Änd.-Allg. Gefahren bringt auch d.Ansteckung i.d.Schule,wenn sie der Gesetzgeber entgg.BGHZ 28,29ff;9,92 auch nicht in Kauf genommen hat.- Richtig Schack MDR 1953 S.612.

beiführt, kann auch im Rahmen der Kriegsführung ein Gefährdungsfall eintreten[53]. Bei Naturkatastrophen besteht überhaupt nur eine moralische Pflicht der Gemeinschaft zum Ausgleich.

§ 6 Öffentlich - rechtliche Gefährdungsfälle

I. Schäden bei polizeilicher Gefahrenabwehr, Störungsbeseitigung und Strafverfolgung.

Aufgabe der Polizei ist es, die öffentliche Sicherheit und Ordnung aufrecht zu erhalten und strafbare Handlungen zu verfolgen. Die dabei erforderlichen Maßnahmen sind oft nicht nur mit erheblichen Gefahren für die Vollzugsorgane, sondern auch für unbeteiligte Dritte verbunden. Manchmal konkretisiert sich diese Gefahr auch in einem empfindlichen Schaden an Leib, Leben oder Sachgütern.

Die Rechtssprechung hatte einige Male zu entscheiden, ob ein Unbeteiligter, der durch einen fehlgehenden Schuß eines Beamten einen Schaden erlitt, vom Staate Entschädigung verlangen könne: Ein Polizist schoß bei der Festnahme auf den sich widersetzenden Anführer einer Verbrecherbande. Das Geschoß durchschlug den Festzunehmenden, prallte an einer Hausmauer ab und traf einen Passanten tödlich. Das OLG Schleswig hat deswegen am 25.1.1951[1] den Hinterbliebenen einen Aufopferungsanspruch zuerkannt. Auch der BGH[2] hat grundsätzlich eine Aufopferungsentschädigung zugesprochen, wenn ein Dritter bei einer Verbrecherjagd durch einen Querschläger getroffen wurde. Das

---

53) Vgl. Schack DÖV 1961,729 Anm.21; Giese, Aufopferungsanspruch S. 54; ein Beispiel bietet BGHZ 20,61ff - vgl. § 6 zu Anm.25.

1) OLG Schleswig , NJW 1951 S.605f.

2) BGHZ 20,81ff, wenn er auch hier wegen der Leistung des Sozialversicherungsträgers zu Unrecht ein Sonderopfer verneint; vgl. auch BGH, VersR 1960 S.248ff.

RG[3] verpflichtete den Staat in einem ähnlichen Fall zum Schadensersatz wegen Amtspflichtsverletzung, weil ein fehlgehender Schuß eine Schaufensterscheibe zerstört hatte.

Das LG.Kiel[4] hat schließlich bei folgendem Sachverhalt den Aufopferungsgedanken herangezogen: Ein Zollbeamter hörte nachts in Grenznähe einen Pfiff, darauf in einem etwa 100 m entfernten Bauernhof den Anschlag des Hundes. Da er illegale Grenzgänger vermutete, schoß er eine Leuchtkugel senkrecht in die Luft. Der nicht völlig ausgebrannte Leuchtsatz fiel auf den Pferdestall und entzündete ihn.

Ähnliche Situationen können auftreten bei Tumult und Aufruhr (vgl.§ 5 zu Anm.33!), vorallem aber, wenn in Unglücksfällen eingesetzte Funkstreifen-, Sanitäts- oder Feuerwehrwagen einen Verkehrsteilnehmer erfassen oder gegen ein Gebäude prellen.

In diesen Beispielen treten die Merkmale öffentlichrechtlicher Gefährdungsfälle klar zu Tage: Die Schäden sind die unmittelbare Folge hoheitlichen Handelns, beruhen aber auf keinem finalen Eingriff gegenüber dem Betroffenen[5]. Sie entstehen aus einer typischen und außergewöhnlichen, vom Staate geschaffenen Gefahrenlage. Die auch vom Erfolg her zu beurteilende Handlung ist grundsätzlich rechtswidrig, soweit nicht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Handlungszweck und tatsächlichem Opfer gewahrt ist[6]. Die Rechtsspre-

---

3) RGZ 104,2o3f hebt die Gefahr des"Scharfschießens entlang der Straße"ausdrücklich hervor.

4) LG.Kiel,NJW 1957,S.994 bejahte hier den Aufopferungsanspruch, weil ein privater Versicherungsträger Ersatz leistete(vgl.Anm.2)

5) A.A.Schneider,NJW 1954,750, der einen "Eingriff"annimmt; ähnlich wohl Bachof S.117 Anm.10a.

6) So im Ergebnis auch Bachof S.117 Anm.10a; Drews-Wacke(7)S.474f; Gallette,DVBl.1955,317; RGZ 104,203f; OLG Schleswig,NJW 1951, 605;- a.A. BGH,VersR 1960 S.248; Lührs S.75—auch Schack DÖV 1961,730 und Wilke S.57: Der Einwand, das den Verbrecher und zugleich den Passanten treffende Geschoß müsse sonst im ersten Teil der Bahn als rechtmäßig, im zweiten Teil als rechtswidrig angesehen werden, ist nicht stichhaltig,weil der Polizist unter diesen Umständen überhaupt nicht auf den Verbrecher schiessen durfte.

chung hat das Gefahrenmoment meist nicht besonders hervorgehoben und schon gar nicht von einer Gefährdungshaftung gesprochen. Im Schrifttum[7] werden aber diese Tatsachen im zunehmenden Maße als Gefährdungsfälle des öffentlichen Rechts bezeichnet, wenn auch erhebliche Meinungsverschiedenheiten über die Rechtsgrundlage bestehen.

II. Schäden bei gefährlichem Einsatz.

Verwandt mit diesen unmittelbar fehlgehenden Maßnahmen sind solche Fälle, in denen ein Sicherheitsorgan unbeteiligte Personen zur Hilfeleistung auffordert. Das RG hat hier eine stillschweigende Haftungsübernahme für die mit der Hilfeleistung notwendig verbundenen Gefahren für Leben und Gesundheit des Helfers angenommen und diesem eine Entschädigung analog den bürgerlich-rechtlichen Auftragsbestimmungen gewährt.

Der bei einer Schlägerei verletzte Polizeisergeant forderte einen Minderjährigen auf, ihn bei der Verfolgung der Täter zu begleiten und ihm diese zu zeigen. Dabei wurde er verletzt[8]. Ein Polizeiwachtmeister beauftragte einen Wasenmeister, einen tollwütigen, sich herumtreibenden Hund einzufangen. Dieser führte den Auftrag aus, wurde aber vom Hunde gebissen[9]. Um ein Dienstgespräch führen zu können, übertrug ein Hilfspolizist einem Dritten in der Küche einer Gastwirtschaft die Bewachung eines Täters, der vorher auf jemanden geschossen hatte und noch sehr erregt war. Der Festgenommene verschaffte sich dort ein Messer und erstach damit seinen Bewacher[10]. Schließlich hat das RG § 670 BGB auch dann als Haftungsgrundlage verwendet, als ein Zuschauer vom Bürgermeister zur Mithilfe bei Löscharbeiten aufgefor-

---

7) Vgl. bereits O. Mayer VR(3) S.301; insbes. aber Forsthoff VR(8) S. 315; Wilke S.55; Schack, JZ 1956 S.428, DÖV 1961,729; Janssen S.156 Anm.210; Lange S.40; Lührs S.75; Bachof S.117 Anm.10a; Fischer S.57,61; Weimar JR 1958 S,96.

8) RG, JW 1914 S.676f- Die Annahme eines Auftrags ist wegen der fehlenden Willensautonomie des Betroffenen verfehlt: Vgl. § 8 A II !

9) RGZ 94,369f.

10) RG, JW 1927 S.441.

dert und dabei verletzt wurde[11].

Diesen Beispielen ist die Aufforderung gleichzusetzen, sich an der Entdeckung einer Straftat aktiv zu beteiligen (z.B. als Lockspitzel) oder in Katastrophenfällen (z.B.Wassernot, Seuchen etc.) Hilfe zu leisten. Besonderen außerberuflichen Gefahren sind hierbei die Angehörigen der Pflichtfeuerwehr und der Freiwilligen Feuerwehr, des Luftschutzdienstes, sowie die Helfer des freiwilligen Sanitätsdienstes (z.B. des DRK) ausgesetzt, wie folgende Sachverhalte zeigen: Der Brandmeister befahl einem Mitglied der Pflichtfeuerwehr, Papiere und Bücher aus den brennenden Wohnräumen zu retten. Während der Bergung stürzte unvorhergesehen eine Mauer ein und tötete den Feuerwehrmann[12]. Ein Mitglied der Freiwilligen Feuerwehr wurde zum Absperrdienst eingesetzt, um eine seuchenartig auftretende Kinderlähmung einzudämmen. Dabei wurde er von einem anderen Feuerwehrmann derart infiziert, daß schwere Lähmungserscheinungen auftraten[13]. Hierher zählt auch folgender Fall: Auf Anordnung des Arbeitsamtes mußte ein Baugeschäft Arbeiter für ein russisches Kriegsgefangenenlager, in dem eine durch die Kleiderlaus übertragbare Krankheit herrschte, abstellen. Ein Arbeiter infizierte sich trotz Vorkehrungsmaßnahmen und Schutzimpfung und starb an den Folgen der Krankheit[14].

Aber auch innerhalb eines längerdauernden besonderen Gewaltverhältnisses zum Staate haben einzelne Gruppen Aufgaben zu erfüllen, die mit erhöhten Risiken für sie verbunden sind. Dazu zählen z.B. in Manövern eingesetzte Soldaten, die Sicher-

---

11)RGZ 98,195(197ff).

12)RGZ 122,298(302) - Dabei lehnte es § 670 i.Vbdg.mit § 844 BGB, aber auch einen Aufopferungsanspruch ab, der damals den Ersatz von Körperschäden noch nicht einschloß. - Vgl. auch OLG Kassel, JW 1927 S.1276, das in einem ähnlichen Fall ein öffentlich-rechtliches Auftragsverhältnis annahm.

13)Württ.KKH, Reger 61,S.145(156ff): Kein Aufopferungsanspruch, weil in Württemberg nicht anerkannt, aber auch nicht § 670 BGB.

14)Zeitschrift für das Heimatwesen 1942 S.164.

heitspolizei im Rahmen der Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung und die Berufsfeuerwehr[15].

Sämtliche Beispiele zeichnen sich dadurch aus, daß der Staat durch seinen hoheitlichen Einsatzbefehl für einzelne Personen eine außergewöhnliche Gefahrenlage bereitet hat, aus der ungewollt und mittelbar - durch Handlungen eines Dritten oder durch sonstige von der öffentlichen Hand nicht beherrschbare Umstände - dem herangezogenen Helfer oder dem berufsmäßig Eingesetzten ein empfindlicher Schaden erwächst. Dabei trifft die organisierten Nothelfer (z.B.die Feuerwehr) eine verstärkte Opferpflicht. Der Einsatzbefehl ist nur dann rechtswidrig, wenn er ohne gesetzliche Grundlage, unter Mißachtung der Verhältnismäßigkeit oder schuldhaft gegeben wurde[16].

Unabhängig von der Frage der Widerrechtlichkeit und der Haftungsgrundlage sind es Gefährdungsfälle, die dem öffentlichen Recht angehören[17].

III. Schäden bei Maßnahmen der Gesundheitsfürsorge.

Die bisherigen Beispiele zeigen, daß bei den Gefährdungsfällen meist Schäden an Leben und Gesundheit auftreten. Dies gilt ausschließlich bei Maßnahmen zur Vorbeugung und Heilung von ansteckenden Krankheiten.

Eine wichtige Rolle spielt dabei das Einführen von Impfstoffen (= abgeschwächten oder abgetöteten Krankheitserregern oder ihrer Giftstoffe) in den menschlichen oder tierischen

---

15) So auch Landmann VR S.206; Wilke S.77, wohl auch Schack DÖV 1961 S.729 Anm.21.

16) Vgl.Barkhau S.38; Fischer S.57; Schack DÖV 1961 S.730; Bachof S.117 Anm.10a - Dagegen nimmt Wilke S.96 im Widerspruch zu S. 55ff Rechtswidrigkeit an. - Bei Anm.10 u.13 hätte übrigens § 839 BGB,Art.34 GG angewandt werden müssen. - Vgl.i.ü.Anm.6

17) Vgl.Forsthoff VR(8) S.315,318 Anm.1; Schack DÖV 1961 S.729; Wilke S.55f; Fischer S.57; Büchner S.26; Janssen G.S.156 Anm. 210, der aber den Kreis der Gefährdungsfälle zu weit zieht, wenn er auch die Schäden anläßlich eines Hand-und Spanndienstes dazuzählt (Vgl.BGHZ 28,310 ff), denn eine besondere Gefahr liegt in diesen Diensten nicht.

Körper, um ihn zur Bildung von Abwehrstoffen gegen die betreffende Krankheit (z.B.Pocken, Diphterie, Typhus, Kinderlähmung) anzuregen und dabei immunisierend oder heilend zu wirken[18]. Diese Impfung hat aber außer üblichen, leichten Erkrankungen in Ausnahmefällen typische und schwere Gesundheitsschäden (vorallem Lähmungserscheinungen, evtl.sogar den Tod) zur Folge, die auf einer oft nicht voraussehbaren, außergewöhnlichen Reaktion des Geimpften beruhen und nicht zu vermeiden sind. Die Gefahr dieser äußerst seltenen Impfschäden wird vom Gesetzgeber oder der Verwaltungsbehörde wegen der weitaus überwiegenden positiven Wirkung dieser Schutzstoffe allgemein, aber nicht im speziellen Fall, in Kauf genommen[19]. Da der anomale Schaden nicht final herbeigeführt ist, aber auf einer gesteigerten Gefahr beruht, handelt es sich um öffentlich-rechtliche Gefährdungsfälle, wenn hoheitliches Tun diese Situation geschaffen hat. Ausübung öffentlicher Gewalt liegt ohne Zweifel vor, soweit die Impfung durch gesetzlich vorgesehene Zwangsmittel, wie Ordnungsstrafen oder Vorführung, erzwungen werden kann[20]. Dagegen ist ein Hoheitsakt dann nicht adäquat kausal, wenn sich der Einzelne ohne Veranlassung der Gesundheitsbehörden impfen läßt. Umstritten sind aber die Fälle, in denen der Staat ohne die Möglichkeit des Zwanges eine Impfung (z.B.durch Merkblatt) empfiehlt. Der BGH hat auch hier Nötigung durch Gewissenszwang angenommen, weil dem verantwortungsbewußten Bürger, der auf den staatlichen Rat vertraue, eine eigene Entschliessung nur der Form nach zustehe[21]. Wenngleich sich hier Bedenken wegen des nachweisbaren Kausalzusammenhanges einstellen, ist dieses Ergebnis grundsätzlich zu billigen; in der Regel

---

18) Vgl.§§ 1,2 Impfgesetz v.8.4.1874 (RGBl.S.31), §§ 14 ff BSeuchenG, §§ 23,66 Ziff.3 ViehsG - Vgl.dazu auch Blome S.5 ff; Esser DtR 1938 S.198; Fischer S.59.

19) Zumindest ungenau KG West SJZ 1950S.819; BGHZ 18,286ff(288) - Richtig Menger,VArch 48 S.359; RGZ 156,305f; OLG Hamburg,MDR 1951 S.627; BGHZ 9,83(88).

20) RGZ 156,305ff u.OLG Hamburg,MDR 1951 S.627ff hatten noch eine Entschädigung abgelehnt.- Erst KG West,SJZ 1950 S.819 u.ihm folgend BGHZ 9,83ff haben einen Aufopferungsanspruch gewährt.- Vgl.auch § 7 A III.

21) BGHZ 24,45ff; 31,187ff.

wird doch der autoritäre Rat des Staates den Entschuß des Impflings auslösen[22].

Besondere Probleme tauchen bei der "Sabin'schen Polioschluckimpfung" auf: Die vom Impfling ausgeschiedenen, im Körper evtl. veränderten Viren können möglicherweise auf dritte Personen übertragen werden. Da bisher solch anomale Schäden nicht bekannt geworden sind, ist fraglich, ob damit überhaupt besondere Gefahren für Nichtgeimpfte verbunden sind. Für möglich gehalten werden sie nur bei Mitgliedern einer Wohngemeinschaft. Nur hier dürfte auch der nötige Ursachenzusammenhang zu beweisen sein[23]. Eine schützende Impfung aller Angehörigen zum Ausschluß eines Mitverschuldens wird man nicht fordern können. Hier zeigt sich auch die Grenze zwischen den eigentlichen Gefährdungsfällen und den allgemeinen Gefahren der entschädigungslosen Ansteckung (Vgl.§ 5 zu Anm.52!).

Ähnliche über die notwendigen Folgen hinausgehende Schäden können bei der erzwingbaren Blutgruppenuntersuchung gem. § 372a ZPO oder bei der Behandlung Geschlechtskranker auftreten[24]: Eine an Lues erkrankte Frau ließ sich freiwillig mit Neosalvarsan behandeln und erlitt dabei eine Querschnittlähmung[25]. Der BGH sah darin ein hoheitlich abverlangtes Sonderopfer im Interesse der Allgemeinheit entsprechend der Zwangsimpfung. Das ist richtig, wenngleich ein evtl.Mitverschulden bei der Ansteckung im Gegensatz zum Impfschaden nicht unberücksichtigt bleiben kann.

Damit verwandt ist folgender Fall: Ein durch Granatsplit-

---

22)Dagegen melden erhebliche Bedenken an: Schmidt NJW 1957 S.1585, indem er objektiv berechenbare Kriterien des Zwanges verlangt; Menger,VArch 48 S.358ff; Die staatliche Autorität sei kein ausreichender Haftungsgrund: das Opfer werde nicht mehr vom Eingriff, sondern von den Folgen her bewertet. - Zustimmend Wolff(3) § 61 IId.

23)Vgl.allgemein dazu:Blome S.10; Schack MDR 1953 S.612.

24)Sowohl § 372 a II ZPO als auch das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten v.18.2.1927 (RGBl.I S.61) stellen Zwangsmittel zur Verfügung.

25)BGHZ 25,238(242f) - ablehnend Lieberwirth NJW 1959 S.798;vgl. auch Fischer S.59 Anm.61.

ter verwundeter Soldat wurde von einer Universitätsnervenklinik zur Heilung, aber auch zu Forschungszwecken mit Thorotrast behandelt, erlitt dabei aber eine Leberschrumpfung und wurde erwerbsunfähig[26]. Nach dem BGH wurde dadurch für den Betroffenen eine vom Wehrdienst unabhängige, neue und selbständige Opferlage geschaffen, im Unterschied zu den üblichen Gefahren eines reinen Heilverfahrens, die ein Verwundeter in Kauf nehmen müsse.

Auch die beiden letzten Beispiele sind, wie die Impfschäden, Gefährdungsfälle, die durch Handlungen der öffentlichen Gewalt hervorgerufen werden[27]. Die Rechtsprechung rechnet sie der Aufopferung zu, ohne auf das Gefährdungsmoment näher einzugehen[28]. Wenn sie das Schrifttum[29] teilweise auf einen rechtmäßigen oder rechtswidrigen "Eingriff" zurückführt, so versteht es darunter entweder jedes besondere Opfer oder läßt das fehlende finale Element der hoheitlichen Nötigung außer Acht. Der Betroffene wird zwar unmittelbar in Anspruch genommen, abverlangt wird aber nur die Duldung der üblichen, nicht der außergewöhnlichen Folgen. Der schädliche Impfakt ist, abgesehen von der den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrenden Tierimpfung, auch rechtswidrig; auf die Vorhersehbarkeit, einem Merkmal der Schuld, kommt es nicht an (Vgl.z§ 4Anm.31!).

IV. Öffentlich - rechtliche Immissionsschäden und ähnliche Fälle.

Die Immissionsschäden spielen ihre Hauptrolle im bürgerlichen Recht - auch soweit die Störungen von Unternehmen der öffentlichen Hand ausgehen. Nur dort, wo diese Schäden als un-

---

26)BGHZ 20,61(65f).

27)So auch Schack DÖV 1961 S 729 (noch zweifelnd Gutachten S.28 Anm.111); Rinck S.12f; Janssen G.S.163; Lange S.39; Scheuner, Gedächtnisschrift S.340 Anm.40; Fischer S.57,59 Anm.61,wenn er sie auch nicht der Gefährdungshaftung einordnet.

28)Nur andeutungsweise erscheint es in BGHZ 9,83(87); 24,45ff; 31,187.

29)Wilke S.63,90 f; Forsthoff VR(8)S.311; Schack MDR 1951 S.264 f; Bender S.182; wohl auch Büchner S.28 ff.

vermeidliche Folge einer typisch hoheitlichen Gewaltausübung erscheinen, wo sich der Staat Formen bedient, die nur ihm eigen sind, handelt es sich um öffentlich-rechtliche Immissionsfälle (Vgl.§ 5 zu Anm.21f). Die Unterscheidung zum Privatrecht ist hier sehr schwierig, weil nicht eine rechtliche Inanspruchnahme von Personen in Frage steht, sondern tatsächliche Einwirkungen, die sich meist gegen Sachen richten. Tatsächliche "Eingriffe" tragen aber nur selten den Stempel einer charakteristisch hoheitlichen Tätigkeit.

Beispiele liefert die Rechtsprechung. Sie hatte sich wiederholt mit Störungen zu befassen, denen benachbarte Grundstückseigentümer durch abirrende Geschosse von Militärschießplätzen ausgesetzt waren. Die Entscheidungen waren sehr schwankend. Teilweise erblickten sie darin die Ausübung eines militärischen Hoheitsrechtes, versagten deswegen die Unterlassungsklage und gewährten dafür einen vom Verschulden unabhängigen Entschädigungsanspruch[30]. Andere Entscheidungen beurteilten das Überfliegen der Geschosse nach bürgerlichem Recht und ließen deswegen eine Unterlassungsklage, aber keine Schadensersatzklage zu[31]. Begründet wird diese Ansicht damit, daß nur gewolltes Handeln unmittelbare Ausübung des (Militär-)Hoheitsrechtes sei; notwendig und gewollt sei aber nur das Schießen und der damit verbundene Lärm, nicht aber das Abirren der Geschosse. Dieses Argument ist nicht stichhaltig: Auch staatliches Handeln ist immer final, nur der Erfolg tritt hier zufällig ein[32]. "Alles, was zur Ausbildung und Kriegsertüchtigung der Truppen schlechthin notwendig ist, derart, daß mit seinem Wegfall die Erreichung des Zieles überhaupt oder doch zu einem wesentlichen Teil in Frage gestellt würde, fällt unter den Begriff des hoheitlichen

---

30)RG,Gruchot 45 S.1016 ff; PrOVG II S.399 - RGZ 24,36ff u.96, 215(218), wenn auch hier nur über Einwirkungen durch Lärm und Erschütterungen zu entscheiden war.

31)Insbes.RG,Reger 16,S.99ff; 17 S.109f; RGZ 55,55ff - so auch Stödter, Entschädigung S.7ff.

32)A.A.Holstein S.50 u.Giese, Aufopferungsanspruch S.47: Die Folgen seien mit dem Handeln (genere??) gewollt.- Richtig O.Mayer VR(3) S.301.

Handelns und ist der bürgerlichen Rechtssphäre entzogen"[33]. Ein Abwehrrecht gegen unvermeidliche Fehlgänger müßte aber die unmögliche Einstellung der Schießübung zur Folge haben.

Dies gilt auch, wenn militärische Sprengübungen, die Explosion eines Munitionslagers, der Absturz eines Militärflugzeuges[34] oder von einem Truppenübungsplatz ausgehende Einwirkungen ungewollte Schäden an Nachbargrundstücken oder Personen herbeiführen. In Kauf genommen sind sie im Einzelfall nur auf dem Truppenübungsgelände[35]. Damit verwandt ist auch folgender Sachverhalt: Ein Leutnant hatte Glühzünder durch Explosion auf ihre Brauchbarkeit zu prüfen. Die angeblich verbrauchten Zünder warf er in ein Wäldchen hinter dem Kasernenhof. Beim Spielen explodierte ein Zünder und zerschmetterte einem 8-jährigen Buben die Hand[36]. Keine Immissionen, aber damit vergleichbar sind schließlich die ungewollten Manöverschäden (z.B.Explosionen von Geschossen oder Sprengstücken, insbesondere von Atomraketen).

All diese ungewollten Schäden beruhen auf einer von der militärischen Gewalt geschaffenen, besonderen und eigentümlichen Gefahrenlage, sind also reine Gefährdungsfälle des öffentlichen Rechts[37]. Dagegen weist der von einer Militärwerkstatt oder einem Militärflugplatz ausgehende Lärm, abgesehen von einer nur gewöhnlichen Störung, keine hoheitlichen Züge auf[38]. Diese Beeinträchtigungen können auch von privat-

---

33)Holstein S.53 - Vgl.auch O.Mayer VR(3) S.131.

34)Vgl.RG, Das Recht 1908 Nr.1200; RGZ 134,254ff - hier wurde allerdings eine Entschädigung wegen bloßer Gefährdung abgelehnt - Vgl.auch Forsthoff VR(8) S.318; Rinck S.12f.

35)So auch OLG Celle,JZ 1961 S.372f: Ein auf dem Truppenübungsplatz lagerndes Holz wurde durch Schießübungen teilweise vernichtet.- Warum hier Schack JZ 1961 S.373 einen nicht finalen Eingriff annimmt,ist nicht ganz einleuchtend - Die Soldaten handelten mit "dolus eventualis".

36)RGZ 55,171ff - Falsch ist die Ansicht, daß die Handlung nur ein militärfiskalischer Akt sei - Heute müßte überdies Staatshaftung eintreten.

37)Schack DÖV 1961 S.729; Bender S.187; Bank RPrVBl.50 S.66 - Auch O.Mayer VR(3) S.125.301 u.Giese, Aufopferungsanspruch S. 48 sprechen sich für eine öffentl.-rechtl.Entschädigung aus.

38)Ebenso Holstein S.53 - a.A.RGZ 55,171(174).

rechtlichen Unternehmungen ausgehen. Auch die Funkenflugschäden der Eisenbahn[39] sind daher ebenso nach bürgerlichem Recht zu beurteilen, wie die von staatlich betriebenen Atomreaktoren ausgehenden Gefahren[40]. Überhaupt sind außerhalb dieser Militärschäden Beispiele selten. Wo tatsächliche, hoheitliche Einwirkungen vorliegen, wie bei den Anliegern einer Straße oder eines Wasserlaufes, ist der Schaden entweder in Kauf genommen, oder es handelt sich um alltägliche geringe Gefahren (vgl.§ 5 zu Anm.46). Das gilt auch von dem Lärm, der von einer Arrestantenzelle ausgeht.

Anders verhält es sich, wenn die Stadt Abwässer in einen Bach leitet, wodurch die bachabwärts befindlichen Anlieger in ihrem Fischbestand geschädigt werden (vgl.RGZ 170,40(42ff)). U.U.zählt auch folgender vom BGH entschiedener Fall dazu[41]: Die Gemeinde hatte zur Schädlingsbekämpfung Obstbäume gespritzt. Der Giftstoff verursachte unter den vom benachbarten Grundstück einfliegenden Bienenvölkern des Klägers Schäden. Das Gericht lehnte einen Aufopferungsanspruch ab: Dem Geschädigten sei kein Sonderopfer durch einen hoheitlichen Eingriff abgenötigt worden, weil er auch bei der Schädlingsbekämpfung durch die Grundstückseigentümer keinen Anspruch gehabt hätte. Die Begründung geht in Ordnung; sie gilt aber nicht, wie der BGH selbst zugibt, wenn der Imker gezwungen ist, die hoheitlich angeordnete Zuführung der Giftstoffe auf sein Grundstück zu dulden und dabei seine Bienen nicht in Kauf genommene Schäden erleiden. Hier handelt es sich um öffentlich - rechtliche Gefährdungsfälle.

---

39)Vgl.§ 5 Anm.5 - Wilke S.76; Stödter S.10 - a.A.Forsthoff VR (7) S.315; O.Mayer VR(3) S.301; Giese, Aufopferungsanspruch S.46f und RG,JW 1905 S.131f.

40)Auch sie können von Privaten betrieben werden. Den Staat trifft nur eine öffentlich-rechtliche Freistellungspflicht (Vgl.§§ 25f,36 AtomG).

41)BGHZ 16,366 ff - Vgl.auch Forsthoff VR(8) S.319 Anm.2; Schack DÖV 1961 S.729; Janssen,G. S.156 Anm.210, die grundsätzlich keine Bedenken haben, diesen Fall der Gefährdungshaftung zuzurechnen.

V. Sonstige Fälle.

Der Staat kann für Unbeteiligte auch dadurch gefährliche Situationen herbeiführen, daß er sie mit Personen in Verbindung bringt, von denen typische Gefahren ausgehen. Das RG verpflichtete z.B. den Militärfiskus wegen Versagung der Abwehrklage (!) zum Schadensersatz, weil Soldaten anläßlich einer Kriegseinquartierung Sachen des beschlagnahmten Anwesens beschädigt und entwendet hatten[42]. Aus der obrigkeitlich geschaffenen, aber im allgemeinen beherrschbaren Risikolage waren hier dem Grundstückseigentümer Schäden erwachsen, die der Staat nicht wollte. Das vorsätzliche, strafbare Verhalten der Soldaten erfolgte wohl nicht einmal anläßlich einer Amtsausübung und ist schon gar nicht finales hoheitliches Handeln. Noch deutlicher tritt das bei folgendem Sachverhalt zu Tage: Die Stadt hatte in der Nähe eines abgelegenen Bauernhofes einen Wohnwagenplatz für durchziehende Zigeuner und mehrere Baracken für Obdachlose errichtet. Nach 1945 schädigten die Bewohner dieses Lagers den Hof durch Plünderungen und fortgesetzte Diebstähle schwer[43]. Der BGH erblickte in der Konzentration krimineller Elemente, die bei Straftaten üblicherweise durch Rat und Tat zusammenwirken, eine erhebliche Gefahr und erwog die Anwendung von Art.34 GG,§ 839 BGB; der ursächliche Zusammenhang zur Ansiedlung sei nicht unterbrochen, da dieser Umstand trotz vorsätzlicher Begehung der Diebstähle nicht völlig unerheblich sei.

Ein Strafgefangener wurde in der gemeinschaftlichen Zelle von einem Mitgefangenen, der unerkannt an paranoider Schizophrenie litt, erschlagen[44]. Auch hier besteht nach dem BGH ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Gefahr des ge-

---

42)RGZ 104,18ff - Reinhardt,Gutachten S.258 zählt diesen Fall ausdrücklich zur Gefährdungshaftung. In der Beschlagnahme eines Radiogerätes (BGHZ 11,156) sehe ich dagegen keine erhöhte Gefahr für sein Abhandenkommen.-a.A.Janssen G.S.156 Anm. 210.

43)BGHZ 12,206ff - Dagegen reicht die bloße Wertminderung eines Villengrundstückes durch die in der Nähe angelegte Behelfsheimsiedlung für Fliegergeschädigte nicht aus(vgl.BGHZ.23,235ff)

44)BGHZ 17,172ff - Wilke S.62; Janssen G. S.153; Fischer S.57 sprechen ausdrücklich von einem Gefährdungsfall.

meinsamen Strafvollzuges mit anderen kriminellen Personen und der Tötung. Der Geschädigte habe sich aber selbst in diese gefährliche Sonderlage gebracht und müsse diesen Schaden in Kauf nehmen; ein Sonderopfer liege nicht vor. Abgesehen von der Haftungsfrage, die man wohl am besten durch Berücksichtigung des Mitverschuldens des Betroffenen löst, weisen die vom Gericht herausgestellten Merkmale eindeutig auf einen öffentlich-rechtlichen Gefährdungsfall hin. Ähnliche Schäden können den Untersuchungsgefangenen oder den in eine Nervenheilanstalt Eingelieferten treffen[45].

Schließlich bringt Zeidler die von ihm sogenannten"Verwaltungsfabrikate"in Verbindung mit der Gefährdungshaftung[46]. Er versteht darunter unmittelbar von einer technischen Anlage erzeugte verwaltungsrechtliche Entscheidungen, bei denen der Amtsträger nur eine vorbereitende Arbeit leistet, indem er der Maschine allgemeine Daten vorgibt, die diese dann selbständig verwertet. Als Beispiele führt er an: die Lochkartenmaschine, den Elektronenrechner, die Verkehrsampel. Wenn trotz ordnungsgemäßer Einstellung die Elektronenrechenanlage einen falschen Steuerbescheid fabriziere oder die Verkehrsampel nach beiden Seiten "grün" zeige, habe nicht eine Handlung den evtl. Schaden herbeigeführt und könne auch nicht von Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit gesprochen werden. Die Rechtsinstitute der Amtshaftung, Enteignung und Aufopferung könnten deshalb nicht herangezogen werden. Wegen des fehlenden"Bezugs zwischen Handlung und Schädigung" komme nur eine Gefährdungshaftung in Frage. - Aber ursächlich ist auch die Datenfeststellung,und auch ein fehlerhafter maschineller Steuerbescheid, der im übrigen durch die Unterschrift eines Beamten gedeckt sein wird, muß anfechtbar und damit rechtswidrig sein. Ich vermag auch nicht einzusehen, worin die besondere Gefährlichkeit der Rechenmaschine liegen soll; ge-

---

45) 1960 wurde ein Untersuchungshäftling in München von seinen Mitgefangenen gemartert, ohne daß dies zunächst von den Beamten bemerkt wurde.

46) Zeidler, Technisierung S.2,8,17,25; DVBl.1961 S.493f. Nach Salzwedel ArchöffR 1962 S.104 ist das Versagen einer Verkehrsampel ebensowenig gefährlich,wie wenn ein Verkehrsschild gestohlen wird;aber im letzten Fall tritt die übliche Vorfahrtsregel ein.

wöhnlich unterlaufen ihr im Gegensatz zum Menschen so gut wie keine, außerdem behebbare Fehler[47]. Außergewöhnliche, irreparable Schäden kommen aber bei der heutigen Dichte und Schnelligkeit des Verkehrs vor, wenn eine Verkehrsampel versagt. Das ist ein Gefährdungsfall, für den normalerweise ein Amtshaftungsanspruch nicht bereitsteht[48].

Bettermann sieht auch in der Ersatzpflicht des Staates für einen bewußtlos oder unzurechnungsfähig, also schuldlos handelnden Amtswalter eine Gefährdungshaftung[49]. Das ist zu weitgehend. Eine, allerdings erhöhte, Gefährlichkeit besteht nur in den Fällen, in denen auch die Tätigkeit eines schuldfähigen Beamten mit besonderen Risiken verbunden ist; der bloße Rechtsfehler erzeugt keine außergewöhnlichen Situationen.

VI. Ergebnis.

Die Beispiele zeigen, daß es auch im öffentlichen Recht typische Gefährdungsfälle gibt, die an tatsächliches oder rechtliches Verwaltungshandeln anknüpfen und rechtmässig oder rechtswidrig sein können. Mit dieser Feststellung ist noch nichts darüber gesagt, ob es auch ein Institut der öffentlich - rechtlichen Gefährdungshaftung gibt. Da der adäquat ursächliche Hoheitsakt und der Schaden eine tatsächliche Einheit bilden, kann auch ein evtl. Entschädigungsanspruch gegenüber dem Staat, als Abwicklung dieser Verletzung, nur öffentlich - rechtlicher Natur sein, es sei denn,

---

47) Richtig Maaß, DVBl 1961 S.7: Absolut selbständige, vom Menschen unabhängige, maschinelle Entscheidungen gibt es nicht. Nicht richtig ist aber, daß überhaupt keine maschinellen Fehler auftreten können, wenngleich sie wegen der eingebauten Sicherungselemente kaum vorkommen.

48) Insoweit ist Zeidler, Technisierung S.8, der unter Anm.64 von zwei solchen Unfällen berichtet, entgegen Maaß, DVBl 1961 S.7 recht zu geben, -wenngleich es Systeme gibt (z.B. in München), bei denen bis heute ein solcher Fehler nicht aufgetreten ist.-

49) Bettermann DÖV 1954 S.304; er will aber nach Enteignungs- u. Aufopferungsrecht entschädigen - Vgl. § 1 II RBHaftpflG und zu § 829 BGB Larenz(5)II S.358.

daß sich aus dem Gesetz etwas anderes ergibt (z.B.§ 7 StVG, § 22 WasserhG). Diese Bewertung ändert sich auch nicht dadurch, daß beim Ausgleich ein Unterordnungsverhältnis nicht mehr in Erscheinung tritt[50]. Die Rechtsgrundlage der Entschädigung ist grundsätzlich im öffentlichen Recht zu suchen. Eine analoge Anwendung oder die Heranziehung eines allgemeinen privatrechtlichen Gedankens kommt nur dann in Frage, wenn das öffentliche Recht, trotz Ausschöpfung aller Rechtsfindungsmöglichkeiten, keine ausreichende Grundlage bereitstellt, hinter den zivilrechtlichen Bestimmungen aber ein auch im hoheitlichen Bereich geltender Rechtsgrundsatz steht; auch dann würde der Ersatzanspruch jedoch öffentlich - rechtlich sein[51].

Von einer Gefährdungshaftung kann aber nur dann gesprochen werden, wenn die typische und besondere, vom Staate geschaffene Gefahrenquelle Haftungsgrund ist. Läßt sich die Einstandspflicht der öffentlichen Hand auch ohne diese Risikolage aus einem anderen oder übergeordneten Prinzip begründen, dann sagt der Begriff "Gefährdungshaftung" über ihr Wesen nichts aus.

---

50) So auch RGZ 99,41(45),140,276(288); Bachof S.106,137; Schelcher, Fischer'sZ 52,S.157; Katzenstein,Abhandlungen S.12ff; Kleeberg S.13; Tschacksch S.20f; Janssen G.S.72; Giese,Aufopferungsanspruch S.15,20; Drews PrVBl 47 S.572; Pfetsch S. 83f - a.A.Reinhardt,Gutachten S.267; Schattenberg S.20ff; Goldschmidt S.117.

51) Vgl.Schack,Festschrift S.282ff,293f; Schüle VArch 38 S.407 u.Fleiner,Institutionen S.55.

DRITTER TEIL:
Haftungsgrundlage.

ERSTER ABSCHNITT:
Rechtsgrundlage außerhalb der allgemeinen öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen.

§ 7 Spezielle öffentlich-rechtliche Entschädigungsnormen.

A. Unmittelbare Anwendung und Gesetzesanalogie.

I. Polizeigesetze.

Sämtliche Polizeigesetze der westdeutschen Länder sehen im Anschluß an § 70 PrPVG Ersatz des Schadens vor, der einem Nichtstörer dadurch entstanden ist, daß die Polizeibehörde im Notfall Maßnahmen gegen ihn getroffen hat[1]. Während man früher überwiegend annahm, daß § 70 PrPVG einen rechtmäßigen hoheitlichen Eingriff voraussetze[2], haben einzelne Länder die Entschädigungspflicht ausdrücklich auf rechtswidrig-schuldloses Einschreiten der Polizei ausgedehnt[3]. In den übrigen Ländern erfolgt die Entschädigung entsprechend den Vorschriften über rechtmäßige Verletzungen. Die analoge Anwendung ist gerechtfertigt, nachdem in ihnen der auf rechtswidrige Fälle erweiterte Aufopferungsanspruch seinen Niederschlag gefunden hat und weder Wortsinn, noch Rechtsgedanke dieser Vorschriften entgegenstehen[4]. Der Schaden muß aber die unmittelbare oder mittelbare Folge einer gewollten polizeilichen Inanspruchnahme sein. Die Verletzungen der von den

---

1) § 38 PolGBadW; Art.56 I BayPAG; § 70 PVG Berl; § 52 PolGBrem; § 40 HPolG; § 40 SOGNds; § 70 PVG NW; § 65 PVG RhlPf - § 70 PrPVG gilt weiter in Schleswig-Holstein, im Saarland und (teils unmittelbar, teils als gewohnheitsrechtl.Gedanke) in Hamburg.- Entspr.Vorschriften für Ordnungsbehörden enthalten § 8 II PolZG Berl; § 42 OBG NW.

2) Tschacksch S.43; Fahrenkrug S.27; Schack DVBl.1956,S.670; Galette DVBl.1955 S.313.

3) § 40 I HPolG; § 52 I b PolGBrem.

4) So Ehlers S.37; Franzen RVBl.56 S.753; Berner Art.56 Anm.9; Schiedermeier S.253; BögnerDVBL 57 S.357; Scheer-Trubel S.89; Drews-Wacke(7) S.474 - a.A.Wohlfahrt,JR 1935 S.80 - vgl.auch BGH,NJW 1953 S.338.

Sicherheitsbehörden angeforderten privaten Nothelfer (vgl. § 6 II) finden daher in diesen Bestimmungen die Rechtsgrundlage für ihre Entschädigung[5].

Sie decken aber nicht die Unglücksfälle, in denen ein Dritter unmittelbar Opfer einer hoheitlichen Maßnahme ist, ohne daß ihn die Polizei als Adressat heranziehen wollte (vgl.§ 6 I). Hier verbietet der klare Wortlaut der Polizeigesetze, insbesondere die Bezugnahme auf die Vorschriften über den "polizeilichen Notstand" eine analoge Anwendung[6]. Sie ist auch nicht nötig, weil die Rechtssprechung einen Aufopferungsanspruch zuerkennt (vgl.§ 6 Anm.1-4). Eine Ausnahme macht nur Art.56 II BayPAG. Hier ist die fehlgehende polizeiliche Maßnahme und das Gefährdungsmoment ausschlaggebender Rechtsgrund für eine "öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung". Folgerichtig gibt Art.56 II BayPAG demjenigen keinen Anspruch, der beim Einschreiten gegen eine Menschenansammlung verletzt wird, auch wenn er keine Gewalttaten begangen oder beabsichtigt hat, weil es sich um einen in Kauf genommenen Eingriff gegenüber einem Störer handelt[7].

Dagegen erfassen die übrigen polizeilichen Entschädigungsnormen sowohl Eingriffs- als auch Gefährdungstatbestände. Ihr allgemeiner Rechtsgrund ist die Aufopferung besonderer Rechte, nicht die anomale Gefahr, so daß von einer Gefährdungshaftung nicht gesprochen werden kann.

Auch § 1 Tumultschädengesetz vom 12.5.1920 (RGBl.I S. 941) kann einen Gefährdungsfall zum Gegenstand haben, wenn an den Unruhen völlig Unbeteiligte getroffen werden. Der Ersatzanspruch besteht aber ebenfalls, wenn der Schaden in Kauf genommen ist und sogar dann, wenn er nicht aus einer hoheitlichen Abwehrmaßnahme, sondern durch die "offene Gewalt" selbst entsteht. Also auch hier ein weiterreichender Gedanke als der der Gefährdungshaftung.

---

5) So auch Franzen RVBl.1956 S.753; Peters S.181; Scheer-Trubel S.90, wohl auch Drews-Wacke(7)S.467; Haas S.26.

6) So auch Galette DVBl 1955 S.317; Schack DVBl.1956 S.672;unentschieden Bögner DVBl.1953 S.359; Cremer RPrVBl.54 S.947.- a.A.Drews-Wacke(7)S.474; wohl auch Ehlers S.36.

7) Vgl.Berner Art.56 Anm.6; Drews-Wacke(7) S.474.

II. Versorgungsgesetze und Reichsversicherungsordnung.

Wir haben die Schäden aus gefährlichem Einsatz von organisierten Personengruppen in Friedenszeiten als öffentlich-rechtliche Gefährdungsfälle anerkannt (vgl.§ 6 zu Anm.15). Der Staat entschädigt die Soldaten und die berufsmäßig eingesetzten Personen nach besonderen Versorgungsgesetzen[8]. Haftungsgrund ist nicht die besondere Gefahrensituation, weil auch für einen gewöhnlichen Dienstunfall Ersatz zu leisten und der Anspruch bei berufsmäßig eingesetzten Personen Ausfluß eines Dienst-oder Vertragsverhältnisses ist. Die Entschädigung beruht auf einer besonderen Fürsorge_pflicht des Staates als Ausgleich für die erhöhte Opferbereitschaft des Betroffenen, ist ein öffentlich-rechtlicher Versorgungsanspruch, kein Aufopferungsanspruch und auch keine Gefährdungshaftung[9].

Anders verhält es sich mit den Personen, die in einem nicht so engen Gewaltverhältnis zum Staate stehen (z.B.Mitglieder der nicht berufsmäßigen Feuerwehren) oder die überhaupt ohne besondere Rechtspflicht zur Nothilfe herangezogen werden. Das Opfer dieser Leute wurde zunächst entsprechend § 670 BGB ausgeglichen, blieb aber auch teilweise ohne Entschädigung, weil der Aufopferungsanspruch nach damaliger Meinung noch keine Körperschäden umfaßte. Seit dem Gesetz über die Änderung der Unfallversicherung vom 9.3.1942 (RGBl. I S.107) ist dieser Personenkreis gem.§ 537 Ziff.3-5 RVO auf Kosten der Länder und Gemeinden versichert. Bei Körperverletzungen oder Beschädigungen von Körperersatzstücken erhält der Betroffene, bei seinem Tod infolge des Einsatzes die Hinterbliebenen, eine einmalige oder laufende Entschädigung[10]. Der Staat haftet hier für den zufälligen, aus riskanten Hil-

---

8) Vgl.§§ 79 ff Beamtenrechtsrahmenges.v.1.7.1957 (BGBl.I S.667); §§ 134 ff Bundesbeamtenges.v.18.9.1957 (BGBl.I S.1338) und die entsprechenden Beamtengesetze der Länder; § 1 Bundesversorgungsges.i.d.F.v.27.6.1960 (BGBl.I S.453); vgl.auch BVerwG, DVBl.1962 S.24.

9) Vgl.Wilke Gerhard § 1 Anm.I - a.A.Landmann VR S.206; Wilke S.77.

10)§§ 558,559a,564,624f,627f RVO.

feleistungen entstandenen , außergewöhnlichen Schaden, ähnlich wie der Halter eines Kraftfahrzeuges. Soweit die Gefahr durch spezielle staatliche Inanspruchnahme ausgelöst wurde, handelt es sich also trotz der Einkleidung in einen Versicherungsanspruch um eine Gefährdungshaftung im öffentlichen Recht[11].

III. Seuchengesetze.

Die Rechtssprechung gewährt seit 1945 unter Billigung des Schrifttums für ungewöhnliche Gesundheitsschäden aus gesetzlich angeordneter, zugelassener oder behördlich empfohlener Impfung einen Aufopferungsanspruch[12]. §§ 51 ff BSeuchenG haben mit Wirkung vom 1.1.1962 diese Regelung übernommen. Die evtl. Ansteckungen durch Ausscheiden von eingeimpften Viren, vorallem bei der Sabin'schen Polio-Schluckimpfung (vgl. § 6 zu Anm.23) werden dabei nicht erfaßt. Dem Bundestag liegt aber ein Gesetzentwurf zur Änderung des BSeuchenG vor, wonach auch diese Fälle entschädigt werden sollen.

Eine entsprechende Regelung findet sich in § 66 Ziff.3 ViehsG: Für Tiere, von denen anzunehmen ist, daß sie infolge einer polizeilich angeordneten Impfung eingegangen sind, ist Ersatz zu leisten[13].

Auch in diesen Fällen handelt es sich ausschließlich um eine besonders geregelte, öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung.

IV. Sonstige Sondernormen.

Die Ersatzpflicht aus §§ 1,1a RHaftpflG, § 1 SHaftpflG, § 33 LuftVG, § 7 StVG ist eine privatrechtliche Gefährdungs-

---

11)Bei unaufgeforderter Hilfeleistung greift § 537 Ziff.5a Hs. 1,2, Ziff.5 RVO ein.Richtig Salzwedel ArchöffR 1962 S.104.

12)Vgl.§ 6 Anm.19ff u.BGHZ 22,43.ff; 29,95ff; BGH NJW 1957 S. 1148f; OLG Karlsruhe NJW 59 S.48ff; Forsthoff VR(8)S.311; Wolff (3) § 61 IId; Wilke S.86; Dürig JZ 1955 S.522; Schack DÖV 1961 S.729 u.Coing SJZ 1950 S.823f.

13)Bei den übrigen Tatbeständen liegt entweder ein Eingriff vor (Ziff.1), oder es fehlt an einer ursächlichen hoheitlichen Maßnahme (Ziff.2-3).

haftung und wird auch dann nicht zur öffentlich-rechtlichen, wenn diese Verkehrsmittel und Einrichtungen von der öffentlichen Hand bei Ausübung hoheitlicher Gewalt benutzt werden[14]. Das gilt auch für die im Rahmen der gemeindlichen Daseinsvorsorge erfolgende Einleitung von Abfallstoffen in Gewässer (vgl.§ 6 Anm.42). Die Gemeinde trifft hier ebenfalls eine zivilrechtliche Gefährdungshaftung nach § 22 WasserhG. Eine öffentlich-rechtliche Gefährdungshaftung kann aber, im Gegensatz zu den in Kauf genommenen Wirkungen des § 8 III, aus § 10 II S.2 WasserhG entstehen, wenn sich nach Bewilligung der Wasserbenutzung auch durch Auflagen nicht zu verhindernde Einwirkungen zeigen[15]. Ein gesonderter öffentlich-rechtlicher Gefährdungstatbestand tritt uns auch in §§ 53,54 LuftVG entgegen, wenn militärische Luftfahrzeuge bei ihrem Betrieb durch Unfall einen Körper- oder Sachschaden verursachen.

B. Rechtsanalogie.

Die aufgezählten Sondernormen erfassen nicht alle Gefährdungsfälle des öffentlichen Rechtes. Eine positive Regelung fehlt z.B. bei zufälliger Verletzung Unbeteiligter durch die Polizei außerhalb Bayerns, grundsätzlich bei angeforderter Nothilfe durch andere als Sicherheitsbehörden, bei Gesundheitsschäden, die nicht auf einem Impfakt beruhen, bei hoheitlichen Immissionsfällen und den sonstigen Tatbeständen des § 6 V. Aus den einzelnen Bestimmungen und dem Schweigen des Gesetzes im übrigen kann nicht gefolgert werden, daß der Gesetzgeber eine Entschädigung bei diesen Sachverhalten ausschließen wollte[16].

Es ist darum auch wiederholt versucht worden, einen Ersatzanspruch aus rechtsanaloger Anwendung einzelner Entschädigungs- oder Versorgungsbestimmungen des öffentlichen Rechtes zu gewinnen. Zwar ist Analogie auch im Verwaltungsrecht zulässig; jedenfalls dann, wenn es sich nicht um Eingriffe in

---

14) Vgl.Landmann VR S.206 - daneben kann Staatshaftung in Frage kommen; vgl. BGH,MDR 1962,35.

15) Vgl.Wernicke NJW 58 S.773; Krause S.122f; Witzel § 22 Anm.1,6, § 20 Anm.1; Sauer § 22 Anm.1f, § 20 Anm.1.

16) Loening S.96; Krause S.132; Giese, Aufopferungsanspruch S.20; Fahrenkrug S.25f; Bachof S.119 BGHZ 9,83(85).

die Rechtssphäre Einzelner, sondern um einen Schadensausgleich handelt[17]. Sie bedeutet, daß der hinter einem oder mehreren Rechtssätzen stehende Grundgedanke auf Fälle ausgedehnt wird, die normativ nicht erfaßt, aber den geregelten Tatbeständen wesensgleich oder zumindest weitgehend ähnlich sind[18]. Die unter A) gefundenen Sondernormen haben zwar die wesentlichen Merkmale der Gefährdungshaftung, nämlich besondere Gefahr und fehlender Eingriff, gemeinsam. In ihren sonstigen Tatbestandsmerkmalen (Grad der Gefahr, Art und Objekt der hoheitlichen Nötigung) und vorallem in den Entschädigungsfolgen (vgl.§§ 52ff BSeuchenG mit §§ 563 RVO) sind sie zu differenziert, als daß man von einem einheitlichen und wesensgleichen Gedanken des Gesetzgebers sprechen könnte. Noch viel weniger kann man die weiterreichenden, auf dem andersartigen Fürsorgegedanken beruhenden Versorgungsgesetze entsprechend anwenden[19]. Andere für eine Analogie herangezogene Gesetzesregeln der öffentlich-rechtlichen Entschädigung beruhen auf wesensverschiedenen reinen Eingriffstatbeständen[20].

Die genannten Sondernormen sind daher nicht der Rechtsanalogie auf andere ungeregelte Gefährdungstatbestände fähig. Man könnte nur daran denken, den hinter der öffentlich-rechtlichen Gefährdungs- und Eingriffshaftung stehenden Rechtsgedanken des Sonderopfers heranzuziehen. Das ist aber nichts anderes als die Anwendung des später zu behandelnden Institutes des Aufopferungsanspruches.

---

17) So auch Anschütz, VArch 14,329; Furler VArch 33 S.350f; Fleiner Institutionen S.55; Wolff(3) § 28 III 7d; Jellinek(3) S.152f - a.A. Loening S.96.

18) Vgl. Schüle, VArch 38 S.408; Schack, Festschrift S.277f; Forsthoff VR(7) S.153; Engisch, Einführung S.142; Lehmann(12) S.57.

19) So aber Esser DtR 1938 S.197; Krause S.124ff; anfechtbar auch Sieg JZ 1956 S.178.- Richtig BGHZ 9,83(85): die Tatbestände sind zu verschieden.

20) Darum abzulehnen Esser, DtR 1938 S.197, der die Reichsseuchengesetze, das Erbgesundheitsgesetz u. Krause S.121ff, der die Entschädigungsgesetze für Inhaftierte und das Tumultschädengesetz analog anwenden will.- Ähnlich auch Giese, Aufopferungsanspruch S.25; Fischer S.59 - Richtig: WürttKKH, Reger 61 S. 157, BGHZ 9,83(85); RGZ 156,305(308); Fahrenkrug S.25f.

§ 8 Analogie zu privatrechtlichen Instituten oder allgemeiner Rechtsgrundsatz

A. Analogie.

Das positive Verwaltungsrecht ist im Verhältnis zu den Anforderungen, die daran gestellt werden, noch sehr lückenhaft. Rechtssprechung und Schrifttum schließen einzelne Lükken dadurch, daß sie Bestimmungen des bewährten und ausgeklügelten bürgerlich-rechtlichen Normensystems analog anwenden. Voraussetzung dafür ist aber, daß die übernommene zivilistische Regel ausdehnungsfähig ist und sich mit dem Rechtsgedanken und der besonderen Interessenlage des Verwaltungsrechtes weitgehend deckt[1].

I. Zivilrechtliche Gefährdungshaftung.

Die Gefährdungshaftung des bürgerlichen Rechts umfaßt in den einzelnen Tatbeständen lediglich tatsächliche Einwirkungen verschiedener Intensität und Häufigkeit, an die entsprechend verschiedene Haftungsfolgen (insbes.Höchstsummen) geknüpft sind. Rechtssprechung und Schrifttum lehnen daher überwiegend bereits im Rahmen des Zivilrechtes eine Ausweitung dieser Sondernormen zu einem allgemeinen Haftungsprinzip ab (vgl.§ 3 C). Schon deswegen verbietet sich eine analoge Anwendung der Haftpflichtgesetze auf das öffentliche Recht. Aber auch vom Verwaltungsrecht her ist eine Analogie bedenklich. Dazu sind seine Gefährdungsfälle im Gegensatz zu den einheitlichen des bürgerlichen Rechtes viel zu differenziert. Hier gehen die Störungen weniger von der Sache aus, als von einem hoheitlichen, tatsächlichen und rechtlichen Handeln. Die Verletzung kann im Gegensatz zum Zivilrecht auch ungewollte und mittelbare Folge einer staatlichen Maßnahme gegen den Betroffenen sein. Lediglich die hoheitlichen Immissionsfälle sind mit den Tatbeständen der §§ 1,1a RHaftpflG, § 1 SHaftpflG verwandt. Diese nur geringe Übereinstimmung rechtfertigt aber

1) Vgl.Forsthoff VR(8)S.154;Jellinek(3)S.152f;Landmann VR S.125; Schack,Festschrift S.277,284;Engisch,Einführung S.146;Schüle VArch 14,S.408.

nicht, die Normen der privatrechtlichen Gefahrdungshaftung zu übernehmen[2], vorallem dann nicht, wenn das öffentliche Recht eine Rechtsgrundlage bereitstellt. Ihre Ablehnung als Rechtsgrundlage im öffentlich-rechtlichen Bereich schließt aber nicht aus, die im Zivilrecht gewonnenen Grundsätze und Einsichten heranzuziehen, um im Einzelfall die Annahme einer als billig empfundenen Entschädigungspflicht zu bestärken und die nähere Ausgestaltung des Ersatzanspruchs zu beeinflußen[3].

II. Auftragsverhältnis.

Die frühere Rechtssprechung hat für Sach- und Körperschäden eines hoheitlich angeforderten Nothelfers entsprechend § 670 BGB Entschädigung gewährt (vgl.§ 6 zu Anm.8-11). Dieser Analogieschluß ist verfehlt und beruhte wohl darauf, daß damals eine andere Rechtsgrundlage für Körperschäden nicht anerkannt war. Wenn man mit der Rechtssprechung unter Aufwendungen i.S.des § 670 BGB auch ungewollte Schäden verstehen kann, so fehlt doch die für ein echtes Vertragsverhältnis erforderliche, mit einem hoheitlichen Befehl nicht zu vereinbarende Willensübereinstimmung der Parteien[4]. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Hilfe ohne Zögern geleistet wird, weil für die Ausübung öffentlicher Gewalt die Möglichkeit des Zwanges genügt. Der Auffordernde wird auch in den wenigsten Fällen die haftende Körperschaft vertreten können[5]. Seit Erweiterung des § 537 RVO und seit Ausdehnung des Aufopferungs-

---

2) So auch Rinck S.14;Bender S.183;Katzenstein, Abhandlungen S.90f; Lassar S.229; Tschacksch S.41; Pfetsch S.27; Stödter, Entschädigung S.48; Anschütz VArch 5 S.26;Sieg JZ 1956 S.178; Jaenicke DÖV 1961 S.858,(wenngleich ich seine Ansicht, die öffentlich-rechtliche Gefahrdungshaftung erstrebe keine Risikoverteilung,sondern verwirkliche den Grundsatz der Lastengleichheit nicht für richtig halte. Die Wiederherstellung der Gleichheit beinhaltet b.Gefährdungsfällen auch eine Risikoverteilung.)-a.A.Forsthoff VR(8)S.319;Giese,Aufopferungsanspruch S.20f.

3) Ähnlich Salzwedel ArchöffR 1962,103 u.wohl auch Forsthoff, VR(8)S.319.

4) Friedrichs VArch 34 S.359ff; Peters S.181; WürttKKH Reger 61 S.145(161) - a.A.Josef PrVBl.42 S.325.

5) So Friedrichs VArch 34 S.359ff.

anspruchs auf Körperschäden ist im Verhältnis zum Staat auch nie mehr Auftragsrecht herangezogen worden. Die bei unaufgeforderter Nothilfe angewandten Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683 BGB)[6] spielen im Bereich der öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung wegen der fehlenden staatlichen Inanspruchnahme keine Rolle.

B. Allgemeiner Rechtsgrundsatz der Gefährdungshaftung.

Wo eine Analogie nicht zum Ziele führt, weil die anzuwendenden Normen zu eng sind, werden teilweise auch allgemeine Rechtsgrundsätze zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht herangezogen. Voraussetzung ist, daß hinter den abweichenden Tatbeständen beider Rechtsgebiete eine allgemeingültige, leitende Maxime unserer Rechtsordnung verborgen ist, die nach anerkannten Ordnungsprinzipien sinnvoll konkretisiert wird[7]. Eine solche Maxime hat man z.B. in den Vorschriften der §§ 133,138,157 BGB und dem Gedanken von "Treu und Glauben" erblickt. Forsthoff[8] rechnet anscheinend auch das Prinzip der "Gefährdungshaftung" dazu, wenn er zur Abrundung des allgemeinen Entschädigungssystems die Einsichten des bürgerlichen Rechtes nutzbar machen will, "auf einem Gebiete, für das gleiche Grundsätze im bürgerlichen, wie im öffentlichen Recht durch das Rechtsbewußtsein gefordert werden". Das anspruchsbegründende Gefahrenmoment der Haftpflichtgesetze ist aber kein die Rechtsordnung durchziehender allgemeiner Rechtsgedanke und hat in das positive öffentliche Recht erst in letzter Zeit und auch nur vereinzelt Eingang gefunden (vgl.§ 7). Seine unmittelbare Anwendung als allgemeiner Rechtsgrundsatz ist daher nicht möglich.[9] Das schließt nicht aus, daß die Regelung der Haftpflichtgesetze den Richter in der Einordnung von Gefährdungsfällen unter eine öffent-

---

6) Vgl.RGZ 167,85(89ff); Josef PrVBl.42,327 u.Hofacker PrVBl.43, 40.

7) Vgl.Enneccerus-Nipperdey(15)I S.342ff.u.Lit.Anm.1.

8) Forsthoff VR(8) S.318f.

9) Vgl.Reinhardt S.266: Aus der Gefährdung läßt sich eine befriedigende Lösung nicht ableiten.

lich-rechtliche, allgemeine Norm zu bestarken vermag. Letzthin will auch Forsthoff nicht auf die von der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Grundsätze der öffentlich-rechtlichen Entschädigung verzichten.

Ein allgemeines, in beiden Rechtsgebieten geltendes Prinzip, ist aber der Gedanke des Sonderopfers, das der Einzelne im Interesse der Allgemeinheit hinnehmen muß, dafür jedoch vom Begünstigten Ersatz verlangen kann. Es tritt uns im Privatrecht bei den Immissionsschäden, in größerem Umfang aber auch bei der öffentlich-rechtlichen Ersatzleistung entgegen. Bei seiner Konkretisierung außerhalb der Immissionsfälle muß aber, wegen der Differenziertheit der Sachverhalte, doch wieder auf öffentlich-rechtliche Grundsätze zurückgegriffen werden (vgl.dazu § 13).

§ 9 Billigkeitsforderung, Rechtsstaatsklausel und Gleichheitssatz als Rechtsgrundlage.

I. Meinungen des Schrifttums:

Bereits 1896 entwickelte O. Mayer[1] ein umfassendes System der öffentlich-rechtlichen Entschädigung, wonach der Staat grundsätzlich die von ihm verursachten rechtswidrigen oder rechtmäßigen, gewollten oder ungewollten Belastungen auch ohne positive Norm auszugleichen habe, wenn damit ungleiche und besondere Opfer verbunden sind. Die Entschädigung ist für ihn eine Forderung der "aequitas" (Gleichheit) und der "Gerechtigkeit und Billigkeit", wenn er auch Gestalt und Wesen seines Instituts auf § 75 EinlALR, das die wichtigsten Vertreter des Schrifttums zusammengefaßt habe, auf die von ihm sonst abgelehnten Quellen des Gewohnheitsrechtes und der Analogie, vorallem aber auf das durch anerkannten Gerichtsgebrauch geschaffene "Juristenrecht" gründen will. Furler[2] sieht in der Entschädigungspflicht des Staates für rechtswidrig-schuldlose Vermögensbeschädigungen ein "korrelat des Rechtsstaates".

---

1) O.Mayer VR(1)II S.345ff; weiterentwickelt in VR(3) S.295ff u.Entschädigungspflicht S.6,12.

2) Furler VArch 33 S.340(412ff).

Sie folge aus der Verletzung des "einzig hochbedeutsamen Rechtes des Untertanen, keinen gesetzwidrigen Zwang zu leiden". Für die Entschädigung sprächen Billigkeitserwägungen und wegen des staatlichen Fehlgehens auch der Gedanke der "Gefährdungshaftung". Ähnlich argumentiert Tschacksch[3]: Die öffentliche Hand verletze durch ihren Eingriff in die gewährleistete "staatsfreie Sphäre" des Einzelnen das Prinzip der "Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" als "obersten Grundsatz des Rechtsstaates". Nur wenn der Staat zur Wiedergutmachung verpflichtet sei, habe die gesetzliche Festlegung der Rechte und Pflichten von Staat und Bürger ihren Wert. Die Entschädigung sei billig und finde ihre weitere Stütze im Gleichheitssatz des Art.109 WV.

Unmittelbar an den Gleichheitssatz knüpfen auch Dürig und Haas an[4]. Haas geht noch einen Schritt weiter: Die Wiedergutmachung aller rechtswidrigen Eingriffe folge aus dem Rechtsstaatsprinzip der Art.20,28 GG, speziell aber aus Art. 19 IV und aus Art.34 GG, der von § 839 BGB zu lösen sei[5]. Leisner[6] erblickt den Rechtsgrund eines Schadensersatzes für alle durch hoheitliche Gewalt verursachten rechtswidrigen Schäden in der "Illegalität" und empfiehlt aus Gründen der Rechts-und Sozialstaatlichkeit ebenfalls, die Anseilung von Art.34 GG und § 839 BGB beim Verschulden zu lockern.

II. Kritik:

Die Billigkeit als Schadensausgleich ist keine Rechtsquelle[7], sondern Beweggrund für die Schaffung von Entschädigungsnormen durch den Gesetzgeber oder für die Ausfüllung von Lücken durch Analogie und Verwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze. Auch die unter Anm.1-3 aufgeführten Stimmen zie-

3) Tschacksch S.43 ff.
4) Dürig JZ 1955 S.522; Haas S.26f: Schädliche Nebenfolgen (z.B. Nothilfepflichten, Schäden des § 70 PVG u.d.Impfung) seien auf Grund einer in Art.2 u.3 GG subsidiär enthaltenen Generalklausel zu entschädigen.
5) Haas S.59f; auch Bachof S.124 stützt jedenfalls seinen Folgenbeseitigungsanspruch auf Art.3 u. 19 IV GG.
6) Leisner DÖV 1961 S.859.
7) Ebenso Reinhardt,Gutachten S.266; Lange S.37; Anschütz VArch 5 S.26; Wilke S.28;Stödter,Entschädigung S.89;Fahrenkrug S.34.

hen dieses ethische Postulat wohl nur zur Abrundung ihrer Ansichten heran.

Ernster zu nehmen ist das Prinzip des Rechtsstaates, das in Art.1 III, 19, 20 und 28 GG anerkannt ist. Die"Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" erfüllt aber auch ohne Entschädigungsjunktim dadurch ihre Funktion, daß hoheitliche Eingriffe in die Privatsphäre ohne gesetzliche Grundlage rechtswidrig und die Staatsorgane dadurch gewarnt sind. Art.19 IV GG gibt nur die Möglichkeit, die fehlerhaften Maßnahmen anzugreifen und ihre Aufhebung zu erreichen. Einen konkreten Entschädigungsanspruch wollte der Verfassungsgeber damit nicht bereitstellen. Der Ausgleich jedes rechtswidrigen Opfers ist keine notwendige Folge des Rechtsstaates, sondern eine Forderung an ihn[8]. Das Prinzip ist auch viel zu vage für praktikable Ergebnisse im Einzelfall. Es ist nicht einmal alleiniges Motiv, sonst dürfte Furler[9] den Ausgleich bei Beeinträchtigung der allgemeinen Freiheit und bloßer tatsächlicher Vorteile nicht ablehnen; Haas und Leisner aber würden der Verfassungsnorm des Art. 34 GG daneben nicht bedürfen. Dasselbe gilt für den Grundsatz der"Sozialstaatlichkeit"in Art.20 I, 28 I GG. Die darunter verstandene soziale Gerechtigkeit ist lediglich Richtschnur hoheitlicher Gewaltausübung und Auslegungsfaktor für die Grundrechte, aber nicht geltendes Recht[10].

Ein wesentlicher Gedanke jeder öffentlich-rechtlichen Entschädigung ist die Wiederherstellung des verletzten Gleichheitssatzes nach Art.3 GG. Gleichheit heißt Gerechtigkeit und Willkürverbot, heißt, daß gleiche Tatbestände gleich, ungleiche ihrer Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln sind[11]. Diese Verfassungsmaxime erklärt eine hoheitliche Maßnahme für rechtswidrig,"wenn sachlich einleuchtende Gründe" für die Ungleichheit "schlechterdings nicht mehr erkennbar sind"[12]. Sie

---

8) Vgl.Loening S.109; Reinhardt,Gutachten S.266; Anschütz VArch 5, S.26; Schelcher, Fischer'sZ 52 S.105; Bettermann DÖV 1955 S. 531; Krause S.112; Büchner S.59.

9) Furler VArch 33 S.414.

10) Maunz(9)S.61; v.Mangoldt-Klein(2)I S.605f; Reinhardt,Gutachten S.266;-Forsthoff u.Bachof VVDStRL Heft 12,S.28 u.43.

11) Vgl.BVerfGE 3,58(135f); BVerfG,JZ 1952 S.536; Maunz(10)S.104; Hamann GG(1) S.88.- Kritisch Ipsen,Grundrechte II S.111ff.

12) BVerfGE 3,58(135).

kann auch in Verbindung mit den gefestigten Anschauungen in Rechtssprechung und Schrifttum das ausschlaggebende Kriterium bei der Bestimmung des zu entschädigenden Sonderopfers liefern. Eine selbständige konkrete Rechtsgrundlage gibt sie nicht ab[13]. Der Verfassungsgeber hätte sich sonst die Normierung der Enteignungsentschädigung in Art.14 III GG und in den Sondergesetzen ersparen können.

Selbst in ihrer Gesamtheit können diese sich gegenseitig ergänzenden Prinzipien das geltende System der öffentlich-rechtlichen Ersatzleistung nicht ersetzen, auch nicht in Verbindung mit der Garantie des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes (Art.2 GG) und des Eigentums (Art.14 GG)[14]. Trotzdem sind Gleichheit und soziale Gerechtigkeit die wesentlichen Grundgedanken jeder Entschädigung, wie der Rechtsordnung überhaupt[15]; sie können einen Wandel im Rechtsbewußtsein der Gemeinschaft herbeiführen und verhindern, daß das Entschädigungssystem in ihrem Wesensgehalt angetastet wird (vgl.Art. 19 II GG).

ZWEITER ABSCHNITT

Allgemeine öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen.

Nach den bisherigen Ergebnissen liefern weder privatrechtliche Bestimmungen, noch allgemeine Grundsätze des Staatsrechtes eine unmittelbare Rechtsgrundlage für Gefährdungsfälle des öffentlichen Rechtes. Die wenigen öffentlich-rechtlichen Sondernormen erfassen nur bestimmte, eng umgrenzte Sachverhalte, lassen aber erhebliche Lücken frei. Für diese Tatbestände bleibt nur die Möglichkeit, sie dem System der öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen zu subsumieren. Die

---

13) So auch Reinhardt, Gutachten S.266; Scheuner DÖV 1955 S.548; Krause S.100; insbes.BVerfGE 3,58(136):"Das Gericht kann .. nur die vom Gesetzgeber getroffene Regelung für nichtig erklären, nicht aber eine andere an ihre Stelle setzen".

14) Reinhardt,Gutachten S.266; Dürig JZ 1955 S.524 bei rechtswidrigen Eingriffen.

15) Vgl.Stödter, Entschädigung S.174ff; Katzenstein,Abhandlungen S.24; Scheuner DÖV 1955 S.548.

Literatur faßt unter diesem Begriff den Ausgleich hoheitlich auferlegter, rechtmäßiger (Enteignung und Aufopferung) oder schuldlos-rechtswidriger Sonderopfer ("enteignungsgleicher" Eingriff bzw. Aufopferung) und die Wiedergutmachung schuldhaft-rechtswidrig zugefügter Schäden (Staatshaftung) durch die öffentliche Hand zusammen[1]. Auch der an rückgängig gemachte Amtshandlungen anknüpfende Folgenbeseitigungsanspruch wird teilweise den Ersatzleistungen eingeordnet (vgl.§ 11 zu Anm.8) und soll trotz systematischer Bedenken ebenfalls unter diesem Abschnitt behandelt werden.

I. KAPITEL : Institute für ausschließlich rechtswidrige Schädigungen.

§ 10. Staatshaftung.

I. Historischer Rückblick.

Noch im 18. Jahrhundert war ausschließlich der Beamte für den einem Dritten in schuldhafter Amtsausübung zugefügten Schaden verantwortlich. Erst im 19. Jahrhundert erkannte man den öffentlich-rechtlichen Charakter des Beamtenverhältnisses und forderte immer mehr, daß der Staat für das Fehlgehen seiner Organe einstehen müsse. Die Befürworter einer Staatshaftung waren sich aber nicht einig, ob diese generell, primär oder subsidiär, an Stelle oder neben dem Beamten eintreten solle[2]. Die Schöpfer des BGB regelten in § 839 die Schadensersatzpflicht des Beamten für schuldhaft-rechtswidrige Verletzungen seiner Amtspflicht, überließen es aber den Ländern, eine direkte Haftung des Staates einzuführen (Art.77 EGBGB). Davon haben beispielgebend Preußen durch Gesetz vom 1.8.1909 (GS S.691) und das Reich für seine Beamten in § 1 RBHaftpflG in der Weise Gebrauch gemacht, daß der Staat an Stelle der Beamten haftet. Dieser Regelung entspricht auch Art. 131 WV und in der durch die Rechtssprechung gewonnenen

1) Vgl.Forsthoff VR(8) §§ 16ff; Wolff VR(4) § 60f.

2) Vgl.Loening S.45ff; Dock,ArchöffR 16 S.248ff; Forsthoff VR(8) S.279.

Ausdehnung[3] auch Art.34 GG.

II. Wesen und Rechtsgrundlage für Gefährdungsfälle.

Art.34 GG überbürdet zwar die Verantwortlichkeit für eine in Ausübung eines öffentlichen Amtes begangene Amtspflichtverletzung grundsätzlich der Anstellungskörperschaft, sagt aber nicht ausdrücklich, wie und in welchem Umfange diese entsteht. Bei privatrechtlichen Verrichtungen stehen ausreichende Grundlagen für die Haftung des Dienstherrn in §§ 31,89,278 u.831 BGB zur Verfügung. Art.34 GG hat nur hoheitliche Tätigkeiten im Auge[4]. Seine Basis kann nur § 839 BGB bilden, der ihn nach Voraussetzung und Umfang der Ersatzpflicht ausfüllt. Nur diese Auslegung entspricht der aufgezeigten geschichtlichen Entwicklung der Staatshaftung und dem Willen des Verfassungsgebers, der diese traditionelle Verknüpfung des Art.34 GG vorausgesetzt hat: Die Staatshaftung tritt an Stelle der Beamtenhaftung[5].

Alle Versuche, die beiden Vorschriften voneinander zu trennen und die Staatshaftung nach Art.34 GG auf schuldlos-rechtswidrige Eingriffe auszudehnen[6], müssen an diesen Gegebenheiten scheitern. Auch die Ersetzung des Verschuldens durch Rechtswidrigkeit[7] widerspricht der ausdrücklichen Regelung des § 839 BGB. Selbst zwischen dem "objektivierten", aber doch mit einem persönlichen Vorwurf behafteten Verschulden und der bloßen Rechtswidrigkeit besteht ein erheblicher, qualitativer Unterschied, der eine Gleichsetzung verbietet. Dabei wird nicht

---

3) Insbes.wurden auch bloß fürsorgerische Amtshandlungen jedes mit öffentlicher Gewalt bekleideten Bediensteten erfaßt. Vgl.RGZ 121,254(256); 142,190(196); 151,385(387); 165,91(99).

4) Stdge.Rspr.u.h.L.; Vgl.Forsthoff VR(8) S.283; Wolff(4) § 65II; Palandt(20) § 839 Anm.2Ac; RGRK(11) § 839 Anm.17.- a.A.Giese-Schunck Art.34 Anm.II 2.

5) Vgl.RGZ 102,166(168f); BGHZ 4,10(45); 9,65ff; 13,88(91);Stödter DÖV 1953 S.139; Janssen G.S.11,124; Scheuner DÖV 1954 S.591; Menger,Gedächtnisschrift S.351f; Forsthoff VR(8) S.282;Wolff (4) § 64 IIa; Bettermann DÖV 1954 S.304; Bachof S.117.

6) So Jellinek JZ 1955 S.149; Haas S.60; Leisner DÖV 1961 S.859- vgl.§ 9 Anm.5 f.

7) So aber Leisner DÖV 1961 S.859 im Widerspruch zu der von ihm geforderten Trennung zwischen Art.34 GG und § 839 BGB. - Ablehnend die Stimmen zu Anm.5.u.Salzwedel ArchöffR 1962 S.99.

verkannt, daß die Rechtssprechung in dem Bestreben, zu einer Haftung des Staates zu kommen, oft überspannte Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des einzelnen Amtswalters gestellt hat[8]. Die Fälle, wo ein Schuldvorwurf nicht am Platze war, sind aber Ausnahmen geblieben und haben das Erfordernis der Schuld in § 839 BGB nicht beseitigt. Eine weitere Ausdehnung dieser Tatbestände ist auch nicht zu erwarten, nachdem für schuldlos-rechtswidrige Sonderbelastungen eine Entschädigung allgemein anerkannt ist.

Wesentliche Voraussetzung für eine Staatshaftung ist daher, daß ein Funktionsträger die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht in Ausübung hoheitlicher Tätigkeit schuldhaft verletzt. Dabei löst die vorsätzliche Schädigung wegen ihrer Zielgerichtetheit von vornherein keinen Gefährdungsfall aus. Aber eine fahrlässige Verletzung ist nicht final und kann durchaus mit einer besonderen Gefahrenlage einhergehen (vgl.§ 4 zu Anm.44). Insoweit gibt auch Art.34 GG, § 839 BGB eine Rechtsgrundlage für öffentlich-rechtliche Gefährdungsfälle ab. Trotzdem kann man auch hier nicht von einer Gefährdungshaftung sprechen, weil dem Risikomoment neben dem Verschulden keine anspruchsbegründende Bedeutung beikommt (vgl. § 4 IV). Das "Risiko für eine korrekte Handhabung" der staatlichen Funktionen[9] ist im allgemeinen nicht größer als im Bereich des Privatrechtes und hängt hier wie dort mit der menschlichen Fehlbarkeit überhaupt zusammen. Dies gilt auch für den bewußtlos oder unzurechnungsfähig handelnden Amtswalter[10]. Auch hier haftet der Bund nach § 1 II RBHaftpflG, die Länder nach Enteignungs- und Aufopferungsrecht, nicht nur bei der den Gefährdungsfällen typischen Verletzung von Sach- und Lebensgütern, sondern auch bei behebbaren Rechtsfehlern; Haftungsgrund ist die Billigkeit und das besondere, ungleiche Opfer.

Es ist auch versucht worden, die Haftung für schuldlos-

---

8) Vgl.Beispiele bei Esser, Gefährdungshaftung S.25ff,38.- S.auch Forsthoff VR(8)S.285 u.Scheuner DÖV 1954 S.591, der darin eine Annäherung an die Gefährdungshaftung sieht.

9) So Forsthoff VR(8)S.285, ohne von einer Gefährdungshaftung zu sprechen.

10) A.A.Bettermann DÖV 1954 S.304 - vgl.§ 6 zu Anm.49.

rechtswidrige Schädigungen, zu denen teilweise auch die Gefährdungsfälle zählen, in Analogie zur Staatshaftung oder aus einem ihr und der Aufopferung übergeordneten Prinzip herzuleiten. Zwar spielen auch bei ihr, wie bei den öffentlichrechtlichen Gefährdungsnormen, die dem Einzelnen überlegene hoheitliche Machtfülle und der überwiegende Nutzen einer funktionierenden Staatstätigkeit für die Allgemeinheit, sowie der Grundsatz der Gleichheit und Gerechtigkeit eine Rolle[11]. Ausschlaggebend für die "befreiende Schuldübernahme" des Staates ist aber nach der amtlichen Begründung des RBHaftpflG, auf dem die späteren Bestimmungen beruhen, das Interesse des Geschädigten an einem zahlungsfähigen Schuldner und der Schutz des leistungsschwachen Beamten[12]. Dazu kommt, daß die öffentliche Hand weitgehend in der Lage ist, durch geeignete Auswahl, Überwachung und durch die drohende Rückgriffsmöglichkeit einem schuldhaft schädigendem Verhalten seiner Bediensteten vorzubeugen und Wiederholungen zu verhindern[13]. Die eigentliche, vom Verschulden unabhängige Gefährdungshaftung beruht aber weder auf einer im Hintergrund stehenden Verantwortlichkeit des Beamten, noch kann der Staat in diesen unvermeidbaren Fällen auf ihn schadensmindernd einwirken.

Die Grundgedanken der beiden Haftungsarten sind verschieden und schließen daher auch eine Analogie oder die Ableitung aus einem übergeordneten Prinzip aus[14].

§ 11 Folgenbeseitigungsanspruch.

I. Wesen des Anspruchs.

Die Ersatzansprüche aus Staatshaftung, Aufopferung und Enteignung gehen grundsätzlich auf Geld, nur ausnahmsweise und nur bei vertretbaren Sachen auf Naturalrestitution[1]. Die or-

---

11) Vgl. Forsthoff VR(8) S.281f; Bettermann DÖV 1954 S.299; Lange S.18; O.Mayer SächsArch 1913 S.11.

12) Zitiert nach RGZ 163,87(89) - vgl. auch Bettermann DÖV 1954 S. 299. Wenn nur der Schutz des Geschädigten ausschlaggebend wäre (Forsthoff VR(8) S.281 Anm.2), hätte auch eine subsidiäre Staatshaftung genügt.

13) So auch Katzenstein, MDR 1952 S.193; Dürig JZ 1955 S.523; Forsthoff VR(7) S.281, Salzwedel ArchöffR 1962 S.99.

14) Ebenso Katzenstein MDR 1952 S.193; Pfetsch S.61; Lührs S.33,80f; Reinhardt, Gutachten S.266.

1) Vgl. BGH, NJW 1953 S.337f mit Anm.v.Forsthoff; Wolff(4) § 64 II 2.

dentlichen Gerichte, die über diese Ansprüche zu entscheiden haben, können die Verwaltungsbehörden aber nicht zur Vornahme einer Amtshandlung verpflichten, die nötig ist, um die Folgen eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes zu beseitigen[2]. Vorallem bei rechtswidriger, rückgängiggemachter Beschlagnahme nach den Wohnungsgesetzen, dem Reichs- oder dem Bundesleistungsgesetz ist der Betroffene oft an der Rückgabe der Sache, nicht am Schadensersatz interessiert.

Im Anschluß an das PrOVG hat Bachof einen vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machenden Folgenbeseitigungsanspruch befür_wortet[3], der in seinem Kern die überwiegende Billigung von Rechtssprechung und Schrifttum erfahren hat: "Die vorläufige Vollziehung des später" durch das Verwaltungsgericht "aufgehobenen Verwaltungsaktes schließe stillschweigend die Verpflichtung zur Beseitigung der Folgen ... ein". Es handle sich um einen "Schadensersatzanspruch", der auf Beseitigung oder Ausgleichung der "unmittelbaren" Folgen des Hoheitsaktes gerichtet sei und sich aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art.20 III, 19 IV GG) ergebe, aber auch aus dem allgemeinen Rechtsgedanken der §§ 717 II, 945, 302 IV, 600 II ZPO und der §§ 812 ff BGB (hier nur, wenn die Behörde bereichert sei). Lerche[4] erblickt darin einen Entschädigungsanspruch, der mit der Amtshaftung nicht nur konkurriere, sondern sie wegen § 839 I S.2,III BGB sogar weitgehend verdränge. Haas[5] verbindet mit seinem Folgenbeseitigungsanspruch ein allgemeines Abwehr- und Wiedergutmachungsrecht gegenüber hoheitlichen,rechtswidrigen Eingriffen und gründet ihn ausschließlich auf Art.19 IV GG.

Wenn man - hier zu Recht - den Grundsatz der "Gesetzmässigkeit der Verwaltung" heranzieht, so muß man den Anspruch einerseits auf alle rückgängiggemachten, rechtswidrigen Amtshandlungen, nicht nur auf gerichtlich aufgehobene Verwaltungsakte erstrecken, ihn andererseits aber auf das Recht und die

---

2) Vgl.Forsthoff, NJW 1953 S.338.

3) PrOVG 92 S.108,113; Bachof S.98ff, insbes.S.101,107,114f,124, 128 - Lit.u.Rspr.vgl.Anm.6.

4) Lerche, Das Recht im Amt 1954 S.9 ff.

5) Haas S.64ff - vgl.§ 9 zu Anm.5.

Pflicht zur Vornahme einer Amtshandlung (nämlich die Beseitigung der fortwirkenden Störung) beschränken[6]. Soweit der frühere Zustand nicht auf diese Weise, sondern nur durch Geldersatz herzustellen ist, besteht keine Veranlassung und auch keine Möglichkeit, neben der positiv geregelten Staatshaftung oder der gewohnheitsrechtlich anerkannten Enteignungs- oder Aufopferungsentschädigung eine neue, viel zu unbestimmte Rechtsgrundlage zu schaffen. Wegen des andersgearteten Schadensausgleiches handelt es sich bei dem auf Vornahme einer Amtshandlung beschränkten Folgenbeseitigungsanspruch weder um eine öffentlich-rechtliche Entschädigung, noch um einen Schadensersatz. Die von der Rechtssprechung entschiedenen Fälle betreffen auch grundsätzlich eine Wiedergutmachung durch Hoheitsakt[7] und das Schrifttum behandelt bezeichnenderweise den Anspruch überwiegend nicht als öffentlich-rechtliche Ersatzleistung, sondern im Anschluß an die Rücknahme von Verwaltungsakten[8]. Auch die Stimmen, die in diesem Zusammenhang für weitergehende Rechte eintreten, sehen sich genötigt, diese auf unmittelbare Schäden und auf Herausgabe gezogener Nutzungen zu beschränken[9], obwohl der Ausschluß der unmittelbaren Folgen im System der öffentlich-rechtlichen Ersatzleistungen grundsätzlich keine Parallele findet.

Darum können auch insoweit nicht die auf Schadensersatz abzielenden Vorschriften über die vorläufige Vollziehung eines

---

6) So auch Forsthoff,NJW 1953 S.338; Haueisen,NJW 1954,S.1429; v.Turegg(3) S.176; Schlochauer S.228; Scheuner DÖV 1955 S. 547; Bettermann DÖV 1955 S.534ff; VGH Stuttgart,DÖV 1957 S. 217(220). Vgl.auch Lit.Anm.8.- Menger,Gedächtnisschrift S.351 ff.sieht im Staatshaftungs-und Folgenbeseitigungsanspruch denselben Rechtsgrund; BGH,VwRspr.8 S.281 versteht darunter wohl alle Ersatzleistungen. -Vgl.auch BGHZ 34,99(106f).

7) Vgl.VG.München,DVBL1950 S.795; OVG Münster,DVBl.1954 S.781f; VG Darmstadt,NJW 1953,S.1608; LG.Darmstadt,NJW 1952 S.389.- Die Rückerstattung von rechtswidrig beigetriebenen Beträgen (vgl.OVG Hamburg,VwRspr.4,422f) wäre richtiger auf einen,auch im öffentl.Recht anerkannten Bereicherungsanspruch gegründet worden;- so auch OVG Lüneburg,NJW 1953 S.839.

8) Vgl.Forsthoff VR(8)S.239; Wolff(3)S.289f; Bender S.109;Koellreutter S.48.

9) Bachof S.130,183; Lerche, Das Recht im Amt 1954 S.9; OVG Hamburg,VwRspr.4,S.42.- a.A.Bettermann DÖV 1955 S.532.

zivil-rechtlichen Titels herangezogen werden[10]. Der Grundsatz der "Gesetzmäßigkeit der Verwaltung", der über Inhalt und Umfang dieses Wiedergutmachungsanspruches nichts aussagt, erfordert aber eine konkretisierung. Dabei liefern die verwandten Rechtsgedanken des "quasi-negatorischen" Wiederherstellungsanspruchs in §§ 1004, 861f etc.BGB eine wertvolle Hilfe[11].

II. Rechtsgrundlage für Gefährdungsfälle?

Die Gefährdungsfälle des öffentlichen Rechts haben mit dem Folgenbeseitigungsanspruch gemein, daß sie auf teilweise rechtswidrige Amtshandlungen zurückgehen. Es können sich auch, vorallem bei der Besitzeinweisung Dritter in beschlagnahmte Wohnungen oder sonstige Sachen von der Verwaltung nicht gewollte Schäden ergeben[12]. Den Amtshandlungen ist aber kein außergewöhnliches, mit den Gefährdungstatbeständen vergleichbares Risiko eigen. Bachof hebt richtig hervor:"Vollzogen wird nicht auf die Gefahr des Eintritts eines schädigenden Ereignisses, sondern auf die Gefahr einer abweichenden rechtlichen Beurteilung des behördlicherseits Angeordneten"[13]. Nur insoweit ist die vorläufige Vollziehung einer Amtshandlung mit der vorläufigen Vollstreckung im Zivilprozeß, wo wir eine Gefährdungshaftung abgelehnt haben (vgl.§ 5 zu Anm.25),verwandt. Unverständlich ist aber die weitere Unterscheidung Bachof's: Bei der Gefährdungshaftung werde typischerweise "für die aus einer vom Staate geschaffenen, gesteigerten Gefahrenlage erst entstehenden Schäden gehaftet", während sie hier bereits "durch die Vollziehung" des Verwaltungsaktes "selbst verwirklicht" würden. Soweit man beim Folgenbeseitigungsanspruch überhaupt von einer Schadenshaftung sprechen kann, ist hier wie dort für eine bereits

10)Bettermann DÖV 1955 S.531f;- a.A.Bachof,S.128.

11)So auch Bettermann DÖV 1955 S.534, wenn er auch im Gegensatz zu Wolff(3)S.289 u.Schlochauer S.228 zu Unrecht Art.20 III GG als Rechtsgrundlage ablehnt; i.ü.ebenso Menger,Gedächtnisschrift S.351.

12)Z.B.BGHZ 11,156 hinsichtl.eines gem.§ 26 III RLG beschlagnahmten und bei einem Dritten abhanden gekommenen Radiogerätes.

13)Bachof S.129 - i.ü. fehlt eine Erörterung des Verhältnisses beider Ansprüche.

entstandene Beeinträchtigung einzustehen. Die Herbeiführung der Risikolage ist nur ein Merkmal der Gefährdungshaftung, löst sie allein aber noch nicht aus.

Abgesehen vom Fehlen einer typischen Gefahr ist aber das wesentliche Unterscheidungsmerkmal, daß es sich bei den Gefährdungsfällen immer um die Beeinträchtigung von Sach- und Lebensgütern handelt, bei der der Hoheitsakt als solcher nicht mehr störend weiterwirkt. Die abgeschlossene Verletzung ist irreparabel und kann durch eine neue Amtshandlung nicht beseitigt, sondern nur durch eine, regelmäßig in Geld zu leistende Entschädigung ausgeglichen werden[14]. Der Folgenbeseitigungsanspruch ist daher von der Gefährdungshaftung wesensverschieden und als Rechtsgrundlage ungeeignet.

II. KAPITEL : Institute für speziell rechtmäßige Schädigungen.

§ 12. Enteignungsentschädigung.

I. Wesen der Enteignung nach Art.14 GG.

Rein sprachlich bedeutet "enteignen" die Entziehung von E i g e n t u m. Die Enteignungsgesetze des 19.Jahrhunderts haben den Begriff sogar auf die Übertragung von Grundeigentum beschränkt. Erst mit dem Vordringen sozialstaatlicher Ideen und der damit verbundenen Ausdehnung der Staatstätigkeit im 2o. Jahrhundert entfernte man sich vom bürgerlichrechtlichen Eigentumsbegriff. Heute versteht man unter Eigentum i.S. des Art.14 GG jedes subjektive vermögenswerte Recht[1]. Damit sind aber auch alle Möglichkeiten einer extensiven Auslegung erschöpft. Die Hereinnahme von immateriellen Gütern, wie Freiheit, Leben und Gesundheit widerspricht der natürlichen und traditionellen Auffassung und würde den Begriff in-

---

14)A.A. wohl von Turegg S.174, ohne Begründung.

1)RGZ 109, 318f; 111,320(328); BGHZ 6,270(275); 13,88(90) - Grundsätzlich rechnet man auch eigentumsähnliche, subjektive öffentliche Rechte zum Eigentum i.S. des Art.14 GG; vgl.BGHZ 15,17(20); BVerfGE 4,219 - s.i.ü.Forsthoff VR(8) S.291 Anm.1, 298f; Schack, Gutachten S.39f; Haas S.33f; Wolff(3) S. 327.- Früher ablehnend BVerfGE 1,264; 2,380.

haltlos machen. Eigentum und persönliche Integrität sind zwar beide Ausfluß des Persönlichkeitsrechtes, untereinander aber klar abgrenzbar und wesensverschieden[2]. Man kann auch nicht sagen, Objekt der Enteignung und der Aufopferung sei jedes, auch nicht vermögenswerte Rechtsgut, weil die Verfassung nur den Bestand des "Vermögens" garantiere und nur der Vermögensschaden, nicht auch der immaterielle Nachteil ersetzt werde[3]. Dieses Argument verkennt den Unterschied zwischen dem Objekt der Enteignung oder Aufopferung und dem Objekt der Entschädigung. Die Enteignungshandlung richtet sich im Unterschied zur Aufopferung nur gegen vermögenswerte Rechte; entschädigt wird dagegen in beiden Fällen nur der Vermögensschaden[4].

Die Vermehrung der Staatsaufgaben bewirkte aber nicht nur eine Erweiterung der Eigentumsvorstellungen, sondern auch eine Ausdehnung des Enteignungsbegriffs. Unter E n t e i g n u n g verstand man zunächst die rechtmäßige Übertragung von dinglichen Rechten auf ein öffentlich-rechtliches oder ein öffentlich begünstigtes Unternehmen durch Verwaltungsakt (Klassische Enteignung)[5]. Dieser Begriff lag auch noch Art.153 WV zu Grunde. Bald darauf dehnten ihn aber die Gerichte in ständiger Rechtssprechung auf jede Entziehung oder wesentliche Beschränkung eines subjektiven Vermögensrechtes, auch unmittelbar durch Gesetz, aus, wenn dadurch dem Betroffenen ein ungleiches und besonderes Opfer auferlegt wurde. Art.14 GG hat an diese Regelung angeknüpft[6]. Bis in die jüngste Zeit hat man aber Enteignung nur dann angenommen, wenn der Staat unmittelbar und gewollt in die Rechtsposition Einzelner e i n g r e i f t[7]. Diese Vorstellung geht zurück auf das früher ausschließlich formelle Enteignungsverfahren, beruht aber auch auf dem Sinn des Wortes "Enteignung". Ihre finale Funktion ergibt sich wei-

2) Richtig Barkhau S.67;Fahrenkrug S.62f;Krause S.51f;RGZ 156,305 (309)-a.A.Stödter,Entschädigung S.229f.

3) So aber Janssen G.S.76,146;er kommt jedoch grundsätzlich zum selben Ergebnis,weil er die Körperschäden wegen des fehlenden finalen Eingriffs als Aufopferungstatbestände sieht - bedenklich bei Sterilisation (S.148 Anm.138f).

4) Richtig Weber S.344; Bei der Aufopferung werde ein Vermögensschaden zugefügt,aber kein Vermögensrecht beeinträchtigt.-So wohl auch Kreft JZ 1961 S.767f.

5) Vgl.Stödter,Entschädigung S.100;Kaufenstein,Abhandlungen S.17; Forsthoff VR(8) 291 Anm.1;Bender S.166;BGHZ 6,270(275).

6) Vgl.RGZ 111,320(328);116,268;129,146(148f);132,69(73f);139,177 (182);BGHZ 6,270(278,281);Janssen G.S.143f;Forsthoff VR(8)S.291 Anm.1;Wolff(3)S.327.

7) RGZ 41,142(146)- RGZ 139,177(183);129,146(149)stellen auf einen

ter aus der von der Verfassung (Art.153 II S.1 WV, 14 III S.1 GG) geforderten Tendenz des Eingriffs, dem allgemeinen Wohle zu dienen. Das wichtigste Argument folgt jedoch aus dem neu geschaffenen Entschädigungsjunktim des Art.14 III S.2 GG: Die Enteignung "darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt". Der Gesetzgeber kann aber die Entschädigung nur festsetzen, wenn er sich des Eingriffs in die Rechtssphäre des Bürgers bewußt ist, wenn er enteignen will[8]. Das ist nicht nur möglich bei Tatbeständen, die eine Überführung des Eigentums vorsehen, sondern auch bei bloßer Vernichtung oder erheblicher Beschränkung geschützter Vermögenswerte. Nicht der Rechtserwerb, sondern der Rechtsverlust kennzeichnen die Enteignung[9].

Ein unter den Voraussetzungen des Art.14 III S.1-3 GG erfolgter Eingriff ist rechtmäßig, obwohl er den Betroffenen ungleich und besonders belastet. Die Verfassung läßt hier formell den Verstoß gegen den Gleichheitssatz zu, weil es den Staat durch die Anordnung der Entschädigung von vornherein zur Wiederherstellung der Gleichheit verpflichtet[10].

II. Der "enteignungsgleiche" Eingriff.

Der BGH, der diesen Begriff geprägt hat, versteht darunter, im Gegensatz zur (rechtmäßigen) Enteignung nach Art.14 III GG, rechtswidrige Eingriffe der Staatsgewalt, die sich aber "für

---

"Einzeleingriff"ab.-Ausdrücklich BGHZ 12,52(57);23,235;31,1f; BGH,MDR 1960 S.1000f;BayVfGH,VwRspr.5,S.713;Forsthoff VR(8)S.315; Janssen G.S.133,160f,169f;Ipsen S.88;Scheuner,Verfassungsschutz S.105f;Schack DÖV 1961 S.729;Dürig JZ 1954 S.5;Greiner DÖV 1954 S.585;Zeidler,Technisierung S.25;Reismüller JZ 1960,S.122f.

8) So Dürig JZ 1954 S.8; Greiner DÖV 1954 S.585; Haas S.36,74;die aber zu weitgehend Enteignung nur bei völliger Entziehung eines Rechtes,Aufopferung bei Eigentumsbeschränkung annehmen;- vgl. auch Janssen G.S.166,173; Ipsen S.88ff; Schack JZ 1956 S.427.

9) Richtig Dürig,JZ 1954 S.9; Menger VArch 48 S.359 - a.A.Greiner DÖV 1954 S.586 -auch darum ist eine Rückkehr zum"klassischen Enteignungsbegriff"nicht möglich; vgl.auch Forsthoff VR(8)S. 298 Anm.1; Wolff(3) S.330; Janssen G.S.190f.

10)Ebenso Dürig JZ 1954 S.6 Anm.10; Stödter,Entschädigung S.190 - a.A.Haas S.13.- Vgl.auch Maunz(10) S.139; Scheuner,Verfassungsschutz S.158; Ipsen MDR 1958 S.496.

den Fall ihrer gesetzlichen Zulässigkeit sowohl nach ihrem Inhalt, wie nach ihrer Wirkung als Enteignung darstellen würden" und gewährt dafür Entschädigung entsprechend Art. 14 III S. 3 GG[11]. Im Schrifttum wird die Ersatzpflicht im allgemeinen gebilligt, die Analogie zu Art. 14 GG hat aber wegen der fehlenden Rechtsähnlichkeit und auch deswegen Widerspruch erfahren, weil im Aufopferungsanspruch eine ausreichende Rechtsgrundlage vorhanden sei[12].

Für eine analoge Anwendung spricht, daß sich die Enteignung aus der Aufopferung entwickelt hat und allgemein als ihr Sonderfall verstanden wird. Wenn aber die Enteignungsentschädigung richtigerweise den Aufopferungsanspruch bei hoheitlichen Eingriffen in vermögenswerte Rechte verdrängt, dann liegt es nahe, den bei der Aufopferung anerkannten Ausgleich für rechtswidrige Schädigungen auf das Enteignungsrecht zu übertragen. Die Rechtmäßigkeit ist Zulässigkeitsvoraussetzung der Enteignung, nicht unabdingbares Erfordernis der Entschädigung nach Art. 14 III S.3 GG[13]. Seitdem bei der Ersatzleistung das Schwergewicht immer mehr auf die besonderen Folgen eines Hoheitsaktes verlegt wird[14], verliert auch der Unterschied zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Eingriffen in diesem Bereich weitgehend an Bedeutung.

Weil demnach auch dann zu entschädigen ist, wenn die Maßnahme nicht dem Allgemeinwohle dient und eine Junktimsklausel fehlt, wird gerade hier die Finalität des Eingriffs problematisch. Der BGH hat zwar ausdrücklich anerkannt, daß auch der enteignungsgleiche Eingriff ein zielgerichtetes Handeln voraussetze und sich von der Enteignung nach Art. 14 III GG nur durch die Rechtswidrigkeit unterscheide[15]. In anderen Entscheidungen hat er aber bei Hoheitsakten, die Vermögensrechte

---

11) Vgl. BGHZ 6,270(290); 12,52(57); 30,123(126); 32,208(211).

12) Vgl. Dürig JZ 1955 S.524; Scheuner, Verfassungsschutz S.106 Anm. 105f; Schäfer S.19; Schack JZ 1956 S.428 u. Lit. zu Anm.8.- Grundsätzlich werden aber keine Bedenken erhoben; vgl. Maunz (10) S.139; Forsthoff VR(8) S.310; Fischer S.47; Wolff(3) S.354.

13) Vgl. Fischer S.50; Katzenstein, Abhandlungen S.90f.

14) So Menger VArch 48 S.359; Schack NJW 1959, S.307; Wilke S.47; Hubmann JZ 1958 S.489.

15) BGHZ 31,1f.- So auch Schack DÖV 1961 S. 731.

eines Dritten nur mittelbar und ohne rechtliche Inanspruchnahme schädigten, auf einen Ersatzanspruch erkannt oder ihn aus anderen Gründen abgelehnt. Dabei handelte es sich um Nachteile, die Anlieger durch die Veränderung des Straßenniveaus oder dadurch erlitten hatten, daß die Behörde anläßlich der Errichtung eines Nachbarhauses den über den Gemeingebrauch hinausgehenden Bau einer Verkaufsbaracke oder die Lagerung von Baumaterialien auf dem Gehsteig erlaubt hatte[16]. Zweifellos sind einzelne dieser "mittelbaren" Verletzungen ausgleichswürdig. Nach der im Ergebnis zu billigenden Erstrekkung der Enteignungsentschädigung auf alle vermögenswerten Rechte wäre auch wünschenswert , ihr diese Tatbestände einzuordnen. Der weitgefaßte Enteignungsbegriff ließe eine solche Ausdehnung evtl.noch zu. Sie ist aber deswegen bedenklich, weil dann alle diese Maßnahmen (die Baugenehmigung, die Straßenänderung) wegen der zwangsläufig fehlenden Junktimsklausel, die nur bei voraussehbaren Schäden möglich ist, rechtswidrig wären. Dieses Ergebnis wäre für das Entschädigungsrecht ohne besondere Bedeutung, da es hier auf die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit nicht mehr ankommt. Wegen des Grundsatzes der"Einheit der Rechtsordnung"(vgl.§ 3 zu Anm.32) hätte es aber unübersehbare Folgen für das übrige Verwaltungsrecht, insbesondere für die Anfechtung dieser Akte.

Es ist daher auch beim enteignungsgleichen Eingriff zu fordern, daß der Hoheitsakt direkt und bewußt (nicht bloß eventuell) vermögenswerte Rechte Einzelner beeinträchtigt. Da eine ausreichende gesetzliche Grundlage fehlt, kann es dabei nur auf den Willen des konkret angreifenden Staatsorgans ankommen[17]. Der Ausfall der Enteignungsentschädigung ist auch

---

16)BGHZ 23,157; 30,241; BGH,NJW 1959 S.1916; VwRspr.10 S.836f; VersR 1960 S.829 - a.A.BGHZ 23,235ff.- BGHZ 8,273ff; 16,366 (374) hatte noch Aufopferungsanspruch geprüft.(Vgl.Schack JZ 1960,S.627.)- Dabei ging er auch stillschweigend davon ab,daß der Eingriff durch Gesetz oder Verwaltungsakt erfolgen müsse und ließ tatsächliche Einwirkungen genügen; vgl.auch Kröner DRiZ 1961 S.10; Janssen G.S.155 Anm.192 u. BGH DÖV 1962,543,

17)Damit bestimmt das Organ aber ebensowenig wie der Gesetzgeber (Dürig JZ 1954 S.8; ähnlich Janssen G.S.198),was Enteignung ist, weil dazu immer noch das nach dem Gleichheitssatz festzustellende Sonderopfer kommen muß.- So im Ergebnis auch Scheuner DÖV 1954 S.590.

nicht unbillig, weil der bereits vom RG für ähnliche Fälle angewandte Aufopferungsanspruch zum Zuge kommt (vgl. § 13 zu Anm. 15 f). Die vom BGH vorgenommene klare Trennung zwischen Eingriffen in vermögenswerte und nicht vermögenswerte Rechte muß allerdings insoweit aufgegeben werden.

III. Rechtsgrundlage für Gefährungsfälle?

Für die meisten Gefährdungsfälle kann schon deswegen keine Enteignungsentschädigung gewährt werden, weil immaterielle Güter beeinträchtigt werden. Die Meinungen, die eine "enteignungsgleiche" Entschädigung ablehnen, können Art. 14 III S. 3 GG außerdem wegen der fehlenden Junktimsklausel nicht heranziehen. Die unmittelbare oder analoge Anwendung dieses Artikels scheitert aber vor allem daran, daß bei den Gefährdungsfällen gerade der für die Enteignungsmaßnahmen zwingende finale Eingriff fehlt[18]. Selbst wenn der BGH die Enteignungsentschädigung auf nicht gewollte Beeinträchtigungen ausdrücklich erweitern würde, um die bisherige Unterscheidung zwischen der Enteignung vermögenswerter Rechte und der Aufopferung immaterieller Güter beizubehalten, würde es sich bei den wenigen einschlägigen Gefährdungstatbeständen um keine Gefährdungshaftung handeln: Denn auch dann wäre für den Ausgleich nach Art. 14 III S.3 GG nicht der fehlende Eingriff und die außergewöhnliche Gefahr sondern nur das Sonderopfer an Vermögensgütern haftungsbegründend.

§ 13 Aufopferungsanspruch.

I. §§ 74, 75 EinlALR und die Kabinettsorder von 1831.

Der Aufopferungsanspruch geht zurück auf den Patrimonialstaat[1]. Seinen ersten konkreten und positiven Ausdruck hat er 1794 in der Einleitung zum Preußischen Allgemeinen Landrecht gefunden:

---

18) Wilke S.52; Schack, Gutachten S.47f (zweifelnd S.34), JZ 1956 S.428; Janssen G.S.156 Anm.210; Barkhau S.66; Jaenicke DÖV 196 S.858f; Leisner DÖV 1961 S.859- a.A.Kröner DRiZ 1961 S.12 unte Hinweis auf BGHZ 28, 310, wo aber irrtümlich eine außergewöhnli che Gefahr angenommen wurde; Weimar JR 1958 S.96; auch Lerche DÖV 1961 S. 490f fordert eine vorsichtige Ausdehnung der Eingriffsvorstellung.

1) Vgl. Cremer RVBl. 56 S. 625; Fahrenkrug S.46; Forsthoff VR(8) S.278.

§ 74. Einzelne Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staates müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen beiden ein wirklicher Widerspruch (Kollision) eintritt, nachstehen.

§ 75. Dagegen ist der Staat denjenigen, der seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, zu entschädigen gehalten.

Für sich betrachtet läßt § 75 EinlALR die Auslegung zu, daß jede Aufnötigung eines Sonderopfers an Vermögenswerten und Persönlichkeitsrechten im Interesse der Allgemeinheit den Staat zur Entschädigung verpflichtet. Das Allgemeine Landrecht beruht aber auf naturrechtlichen Ideen, wonach der Landesherr in Notfällen und zum Besten des Staates gegen Entschädigung ein allgemeines Eingriffsrecht (jus eminens) in die wohlerworbenen Rechte seiner Untertanen (jura quaesita) hatte[1]. Dementsprechend verstand man unter "besonderen Rechten und Vorteilen" nur wohlerworbene Rechte, nicht sonstige bloße Vorteile[2]. Besonders umstritten war, ob darunter auch die persönliche Integrität fiel[3]. Jedenfalls standen Eingriffe in die persönliche Handlungsfreiheit der Bürger im weitgehenden Ermessen des Souveräns und brauchten nicht entschädigt zu werden. Wegen § 74 EinlALR und der naturrechtlichen Gedanken verlangte die h.M. auch einen rechtmäßigen, mit den wohlerworbenen Rechten des Einzelnen kollidierenden staatlichen Eingriff. Aber die Verknüpfung der beiden Vorschriften ist nicht zwingend und läßt sich auch mit der Rechtsauffassung des Polizeistaates nicht vereinbaren, die das Allgemeine Landrecht ebenfalls beeinflußt hat: . Danach mußte der Untertan auch rechtswidrige, hoheitliche Maßnahmen hinnehmen und konnte nur vom Fiskus, den man als

---

1a) Vgl.zur Vorgeschichte: Stödter S.53ff; Anschütz,VArch 5,S.13, 22,67ff; Katzenstein,Abhandlungen S.15; Fahrenkrug S.46f; Cremer RVBl.56 S.626; Forsthoff VR(8)S.287.

2) Der Ausdruck wird als synonym angesehen. Vgl.RG,JW 1915 S.39f; JW 1884 S.283; Schack,Gutachten S.39f; Stödter,Entschädigung S.29; Giese,Aufopferungsanspruch S.61.-a.A.Fahrenkrug S.66; Janssen G.S.55.

3) Bejahend: Fahrenkrug S.66; Stödter,Entschädigung S.229ff; Giese,Aufopferungsanspruch S.70f; Wohlfahrt JR 1935 S.77. -Ablehnend: Kleeberg S.37; Anschütz,VArch 5,S.105,120; Kraft, Gruchot 60 S.288; RGZ 156,305(310); RG,JW 1898 S.304.

vom Staate verschiedenen Vermögensträger fingierte, Schadensersatz verlangen, wenn die Angelegenheit zur Justizsache erklärt wurde[4]. Die ungewollten Eingriffe wurden bei der damaligen weiten Ausdehnung des "jus eminens" wohl auch als rechtmäßig angesehen. Ob der Fürst damals bei Gefährdungsfällen Entschädigung gewährte, läßt sich heute schwer feststellen. Die zu dieser Zeit noch herrschende absolutistische Staatsauffassung und der geringe Rechtsschutz sprechen nicht für einen - noch heute umstrittenen - Ersatz dieser Schäden[5].

Die Kabinettsorder vom 4.12.1831 (GS S. 255) brachte eine wohl schon vorher als selbstverständlich praktizierte "Einschränkung" des Aufopferungsanspruchs: Nur die Gefährdung des Privateigentums durch eine im Interesse des Staates erforderliche Einrichtung der Verwaltung sollte eine Ersatzpflicht der Gemeinschaft auslösen, die Akte der Gesetzgebung nur, wenn die Entschädigung besonders festgesetzt war. Die Vorschrift wollte in erster Linie Ansprüchen aus Kriegsschäden und gesetzlichen Maßnahmen entgegenwirken[6]. Den Ausgleich ungewollter und immaterieller Schäden, soweit vorher ein solcher überhaupt erfolgte, schließt sie an sich nicht aus und steht vor allem der späteren Ausdehnung des Aufopferungsanspruchs auf diese Sonderbelastungen nicht entgegen[7]. Da die weiteren Untersuchungen ergeben werden, daß für diese Tatbestände heute eine ausreichende Rechtsgrundlage vorhanden ist, erübrigen sich weitere Nachforschungen, deren Wert wegen der inzwischen gänzlich veränderten Rechtsanschauungen überdies fraglich wäre.

II. Zur Zeit des Reichsgerichtes.

Das RG hat während seines ganzen Wirkens daran festgehalten, daß Gegenstand der zu entschädigenden Aufopferung nur

---

4) Nach Cremer RVBl.56 S.626; Wohlfahrt JR 1935 S.78 enthält § 74 nur eine Zulässigkeitsvoraussetzung u.ist für § 75 nur das Genötigtsein ausschlaggebend; - ähnlich Janssen G.S.123; Barkhau S.83; Lange S. 25; Fahrenkrug S.43; Friedrichs PrVBl.45 S.3.

5) Kleeberg S.71f sieht (ohne nähere Begründung) in den ungewollten und unvorhergesehenen Opfern die Hauptfälle des § 75 - vgl. auch Janssen G.S. 113 ff.

6) Näheres bei Anschütz, VArch 5, S. 76ff.

7) Soweit es sich um die Entschädigung für Personenschäden handelt (vgl.Anm. 3), hat zwar nicht die Kabinettsorder, aber die st.Rspr. den Aufopferungsanspruch zunächst auf Vermögensrechte gewohnheitsrechtlich eingeschränkt.- Vgl. Anm.8.

v e r m ö g e n s w e r t e Rechte seien[8]. Nur bei Körperschäden von Nothelfern trug sie der Aufwertung des Persönlichkeitsrechtes durch sozialstaatliche Ideen Rechnung und betrachtete sie als ersatzfähige Aufwendungen nach Auftragsrecht (vgl.§ 6 Anm.8-12). Beim Aufopferungsanspruch wagte es dagegen die in ständiger Rechtssprechung bestätigte Schranke des Privateigentums nicht zu überschreiten, wenn es zuletzt auch anläßlich der Geltendmachung eines außergewöhnlichen Impfschadens erhebliche Bedenken äußerte; die ablehnende Entscheidung wurde damals stark kritisiert[9].

Auch die Forderung der r e c h t m ä ß i g e n Abnötigung eines Sonderopfers, die sich wohl erst im Verfassungsstaat des 19.Jahrhunderts durchgesetzt hatte, gaben die Gerichte lange Zeit, wenigstens formell, nicht auf. Tatsächlich billigten sie aber immer wieder Entschädigung für rechtswidrige, nur als rechtmäßig unterstellte, staatliche Maßnahmen zu. Die Entscheidungen begründeten sie damit, daß die mit dem Ersatzanspruch befaßten ordentlichen Gerichte gem.§ 1 des Gesetzes über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Bezug auf polizeiliche Verfügungen vom 11.5.1842 die Rechtmäßigkeit der Hoheitsakte nicht prüfen dürften und sich der Kläger mit der Geltendmachung der Forderung "bei der Verfügung beruhigt" habe[10]. Diese irrtümliche und später aufgegebene Ansicht änderte nichts daran, daß tatsächlich rechtswidrige Eingriffe ausgeglichen wurden. In anderen Urteilen ging das RG deswegen auf die Rechtswidrigkeit gar nicht ein, sondern prüfte in Anlehnung an § 74 EinlALR nur, ob das Sonderopfer des Einzelnen zur Förderung des Gemeinwohls notwendig war. Dabei verlangte es meist keinen wirklichen Widerspruch zwischen Einzel- und Gesamtinteresse und keinen aus dem Staatsakt erwachsenen tatsächlichen Vorteil. Vielmehr sollte die (irrtümliche) Annahme einer

---

8) RG,JW 1898 S.304; RGZ 72,85ff; 103,423(426); 122,298(302); 156,305(310) - meist unter irrtümlicher Berufung auf die Kabinettsorder.

9) RGZ 156,S.305ff - Kritisch:Schack,VArch 44 S.115f; Esser DtR 1938 S.195ff; Weber ZAkDR 1938 S.135f;Schack,VArch 44 S.115.

10)RGZ 26,337(341); KKH JW 1922 S,839f; BayObstLG,Seuff Arch 49 S. 71;- vgl.auch Jellinek VR(3) S.330; Stödter,Entschädigung S.25; Barkhau S.81; Cremer RPrVBl.54 S.946; Kraft, Gruchot 60 S.417f.

Kollision und die Tendenz, dem Gemeinwohl zu nützen, genügen[11]. Da nach § 74 EinlALR alle nicht objektiv nützlichen Maßnahmen rechtswidrig sind, aber doch grundsätzlich die Förderung des Staatswohls im Auge haben, hätte an sich einer Anerkennung des Aufopferungsanspruchs für schuldlos-rechtswidrig zugefügte Nachteile nichts mehr im Wege gestanden. Dazwischen ergingen aber immer wieder ablehnende Entscheidungen über ähnliche Sachverhalte[12].

Erst am 11.4.1933 hat das RG auch für diese Fälle ausdrücklich einen Aufopferungsanspruch zuerkannt, jedoch gleichzeitig wieder gefordert, daß die hoheitliche Maßnahme der öffentlichen Hand den erstrebten Vorteil bringe[13]. Dabei hat es aber verkannt, daß zwar die allgemeine Staatstätigkeit, nie aber der rechtswidrige Vorteil im öffentlichen Interesse liegt, und daß der Aufopferungsanspruch einen Schaden ausgleichen, nicht eine Bereicherung beseitigen will[14]. Tatsächlich hatte es diese Forderung schon in zahlreichen Entscheidungen aufgegeben.

Hierher zählen die Urteile über u n b e w u ß t e Patentverletzungen des Heeres und der Marine bei Anfertigung von Waffen und sonstigem Kriegsgerät[15]. Nach RGZ 79,427(433) bereitet der Umstand, daß die Militärbehörde den "Eingriff in das Recht des Klägers nicht mit Bewußtsein vorgenommen hat", keine Schwierigkeiten; für § 75 EinlALR genüge, wenn dem Einzelnen im Interesse der Allgemeinheit "ein Rechtsopfer tatsächlich zugemutet"werde. Auch für mittelbare, nicht angestrebte Einwirkungen auf die Anlieger aus Anlaß von Niveauänderungen öffentlicher Straßen oder von Stromre-

---

11) RGZ 26,265(269); 57,217ff; RG, JW 1890 S.260f; JW 1896 S.40f; JW 1903 S.252; RG Gruchot 31 S.879; vgl. Schack VArch 40,432ff

12) Grundlegend stellt das Pr.Obertribunal, StrithArch 86 S.100, auf die Kollision der Rechte ab; ebenso RGZ 122,298(302); 34,294(298).

13) RGZ 140,276(282f).

14) Richtig: Schack VArch 44 S.122; Scheuner, Verfassungsschutz S.106 Anm 105f; Janssen G.S.110f; Dürig JZ 1954 S.6 Anm.10; Krause S.83f; Fahrenkrug S.67; Ehlers S.33; Kleeberg S.90; Giese, Aufopferungsanspruch S.23; Lange S.54f; Furler, VArch 33, S.411; Büchner S.64; Stachow S.45f; Wohlfahrt JR 1935 S.73; - a.A. Katzenstein NDR 1952 S.194,195 Anm.13; Jellinek VR(3) S.328

15) RGZ 79,427ff; 102,390f; RG Gruchot 56,1123; vgl. Schack VArch 40 S.435ff.

gulierungen wurde diese Bestimmung herangezogen, wenn dem Betroffenen ein besonderes Opfer (z.B. die erhebliche Beeinträchtigung des Zugangs, der Licht- oder Luftzufuhr oder eines Fischereirechtes) auferlegt wurde[16].

Teilweise finden sich in diesen Erkenntnissen auch Gedanken, die das RG zur Begründung der Schadensersatzpflicht bei Immissionsfällen herausgebildet hatte: Der von den Einwirkungen eines im öffentlichen Interesse zu duldenden Unternehmens Geschädigte erhielt an Stelle des versagten Abwehrrechtes einen Entschädigungsanspruch. Das RG leitete diese Rechtsfolge aus §§ 904,906 BGB, § 26 GewO, § 75 EinlALR, manchmal auch aus § 25 PrEisenbG, Art.9 PrVerfUrk ab, oder verglich die Tatbestände ausdrücklich mit der Enteignung und entwickelte aus dem dahinterstehenden Prinzip einen allgemeinen Rechtsgedanken[17]. Meist handelte es sich zwar um zufällige, als rechtswidrig angesehene, privatrechtliche Schädigungen von Grundstücken. Aber auch typisch hoheitliche Immissionen, wie die abirrenden Geschosse oder Sprengstücke anläßlich einer von der Militärbehörde angeordneten Schießübung oder Sprengung, wurden nach diesem Gesichtspunkt entschädigt (vgl.§ 6 zu Anm.30f,34). Die Rechtsprechung wandte ihn schließlich nicht nur bei Immissionen an, sondern auch bei anderen behördlichen Maßnahmen, denen gegenüber der Betroffene rechtlich oder tatsächlich wehrlos war: So löste ein Baudispens, der die Unterschreitung des üblichen Grenzabstandes gestattete, für den geschädigten Nachbarn ebenso einen Aufopferungsanspruch an Stelle des ausgeschlossenen Abwehrrechtes aus, wie die Beschädigung von Sachen anläßlich einer Kriegseinquartierung[18].

Die Urteile zeigen, daß die Gerichte längst dazu übergegangen waren, schuldlos-rechtswidrige und nicht finale Schädigungen auf Grund eines Rechtsgedankens auszugleichen, der in zivilistischen und in öffentlich-rechtlichen Normen seinen Aus-

16)Vgl.RGZ 36,272ff; 37,252(256f); 44,282ff; 145,107(111ff); 23, 257ff; 35,235ff; 54,260ff; RG JW 1912 S.868f; OLG München HRR 1941 Nr.1057.

17)Vgl.§ 5 Anm.2,15 u.RGZ 122,134ff; 155,154; 170,40ff; Schack VArch 40,S.429ff.

18)KG,JW 1930 S.838f; RGZ 104,18ff.

druck gefunden hatte. Die Literatur vertrat zwar überwiegend den Standpunkt, daß § 75 EinlALR nur für rechtmäßige Eingriffe gelte, der Heranziehung des allgemeinen Grundsatzes für rechtswidrige Sonderbelastungen widersetzte sie sich aber nur selten[19]. Einzelne Stimmen forderten auch allgemein für den Aufopferungsanspruch einen bewußten staatlichen Eingriff[20]; eine Kritik der zahlreichen Gerichtsentscheidungen, die das in § 74 EinlALR enthaltene Finalitätsprinzip durchbrochen haben, ist aber nirgends zu finden. Der vom RG entwickelte und zuletzt auch vom Schrifttum weitgehend (zumindest stillschweigend) hingenommene allgemeine Rechtsgedanke umfaßt daher grundsätzlich rechtmäßige und rechtswidrige, gewollte und ungewollte Schädigungen aus privaten oder öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten[21]. Das schließt nicht aus, daß in den beiden Rechtsgebieten Voraussetzung und Umfang des Ersatzanspruches verschieden sind. Betrifft er im Zivilrecht einerseits nur Immissionsschäden, andererseits jeden, auch geringfügigen Vermögensschaden, so greift er im öffentlichen Recht auch bei anderen Fällen hoheitlicher Nötigung ein, aber nur, wenn die zumutbare Opfergrenze überschritten wird.

Der den Grundsatz weitgehend tragende § 75 EinlALR galt zwar zunächst nur in den sieben östlichen Provinzen Preußens. Das RG hat ihn jedoch in ständiger Rechtssprechung auf das gesamte preußische Staatsgebiet ausgedehnt und anerkannt, daß der Aufopferungsgedanke auch im gemeinen Recht heimisch war[22]. Andererseits lehnte es seine Geltung außerhalb Preußens noch zuletzt ab, fand dabei aber nur teilweise die Gefolgschaft der Ländergerichte[23]. Diese Beschränkung auf Preußen war nicht mehr gerechtfertigt, seitdem das RG immer mehr den örtlich und

---

19) Insbes. Stödter, Entschädigung S.50f; Katzenstein, Abhandlungen S. 78f; Tschacksch S.39; Furler VArch 33 S.425f.

20) Cremer RPrVBl 54 S.947; v.Turegg S.174; Zeidler DVBl 1959 S.686; Landmann VR S.206; Wilke S.54,59f; Forsthoff VR(8) S.312,319; Bender S.181; Katzenstein NDR 1952 S.194; Leisner DÖV 1961 S.859.- Wie hier: Scheuner DÖV 1954 S.591; Janssen G.S.161,169,207; Menger, Gedächtnisschrift S.355; Schack DÖV 1961 S.729; JZ 1961 S.373; Greiner DÖV 1954 S.586; Jaenicke DÖV 1961 S.858f u.im wesentlichen die Lit.bei Anm.14.

21) So richtig: Schack DÖV 1961 S.732; Stachow S.75ff; Hubmann JZ 1958 S.491.

22) RGZ 64,183)186); 122,298ff(302); 126,356(361); 140,276(284); 145, 107(109); 156,305(310); RG,JW 1925 S.246f.

23) RG,JW 1937 S.224; ebenso für Württemberg WürttKKH Reger 61 S.160 a.A.

sachlich viel weiter gespannten allgemeinen Rechtsgedanken zur Begründung heranzog. Auch die Einbeziehung der westlichen preußischen Provinzen ist nur richtig, wenn dieses Prinzip dort bereits anerkannt war. § 75 EinlALR kann sogar durch diesen allgemeinen Aufopferungsanspruch als überholt angesehen werden, wenngleich er als dessen grundlegender positiv-rechtlicher Ausdruck noch immer große Bedeutung hat[24]. An der Geltung dieses Aufopferungsanspruchs hat sich auch durch Art.153 WV und Art.14 GG nichts geändert, da diese Bestimmungen nur für rechtmäßige und zielgerichtete Eingriffe in "Eigentumsrechte" gelten[25].

III. Nach 1945.

Der BGH erkannte schon bald den allgemeinen Aufopferungsanspruch für das gesamte Bundesgebiet an[26]. In seinem Beschluß vom 10.6.1952 bestätigte er unter Hinweis auf RGZ 140,276ff die Entschädigungspflicht des Staates bei schuldlos - r e c h t s = w i d r i g e n Eingriffen, entnahm sie jedoch bei Sonderopfern an vermögensrechten Art.14 III GG und nicht, wie das RG, dem Aufopferungsanspruch[27]. Schließlich hat er die Enteignungs- und Aufopferungsentschädigung auch für schuldhaft-rechtswidrige Verletzungen neben der Staatshaftung nach Art.34 GG, § 839 BGB gewährt, ist dabei aber in der Literatur auf erheblichen Widerspruch gestoßen[28]. Abgesehen von der später zu behandelnden Konkurrenzfrage (§ 16 II),kann aber nicht ernstlich bezweifelt werden, daß die für die Ausgleichspflicht entscheidende Opferlage des Betroffenen die gleiche ist, wenn zur Rechtswidrigkeit

---

-a.A.für Bayern: OLG München HRR 1941 Nr.1057, HRR 1938 Nr.803; BayObLG DVBl.1935 S.322f.

24)So auch Schack,Gutachten S.36; Dürig JZ 1955 S.522.

25)RGZ 156,305(309); BGHZ 6,270(275); Schack VArch 44 S.99; Wohlfahrt JR 1935 S.73; Janssen G.S.13f; Forsthoff VR(8)S.310f;-a. A.Stödter RPrVBl.55 S.520; Giese,Aufopferungsanspruch S.28; Haas S.32.

26)BGHZ 6,270(281); 9,83(86); 11,248f; BGH,NJW 1961 S.556.

27)BGHZ 6,270ff - Abgesehen von der Einordnung dieser Fälle (vgl. § 2 Anm.27f) ablehnend nur Lit.zu § 2 Anm.26 u.Dürig JZ 1955 S. 523f.

28)BGHZ 13,88(98) -vgl.§ 16 Anm.4.- Die Frage ist bedeutsam,wenn der Gefährdungstatbestand fahrlässig verursacht wird (vgl.§ 4 zu Anm.44).

noch das Verschulden hinzutritt. Das Schuldmoment ist für die Entstehung des Aufopferungsanspruchs weder erforderlich, noch schließt es ihn aus[29].

Bereits am 19.2.1953 hat der BGH anläßlich eines Impfschadenprozesses den Aufopferungsanspruch erstmals auf hoheitlich abgenötigte Sonderopfer an Leben und Gesundheit ausgedehnt, nachdem schon vorher einige Gerichte der Länder auf Entschädigung für Körperschäden erkannt hatten[30]. Diese Entscheidung hat ungeteilte Zustimmung erfahren (vgl.§ 7 Anm.12). Kritisiert wurde nur, daß der BGH später den Gewissenszwang bei der freiwilligen Impfung der Nötigung gleichsetzte (vgl.§ 6 Anm.21f). Gleichzeitig schränkte das Gericht aber den Aufopferungsanspruch auf Beeinträchtigung von nicht vermögenswerten Rechten ein. An dieser Abgrenzung zur Enteignungsentschädigung hielt es auch fest, als es später nur diejenigen Hoheitsakte als Enteignung oder enteignungsgleiche Eingriffe definierte, die "e i n g r e i f e n wollen" und keinen zufälligen Schaden auslösen[31]. Danach müßten nicht zielgerichtete Eingriffe in vermögenswerte Rechte entschädigungslos bleiben. Der BGH hat sich aber daran nicht gehalten. Noch 1952 hat er bei Beeinträchtigung des Gewerbebetriebes eines Anliegers durch Aufstellung von Straßengittern zur Regelung des Fußgängerverkehrs, aber auch noch 1955 für die mittelbaren Schäden, die ein Bienenvolk infolge einer behördlich angeordneten Schädlingsbekämpfung erlitt, einen Aufopferungsanspruch erwogen[32]. Später hat er jedoch bei ungewollten Verletzungen von Vermögensrechten und entsprechendem Sonderopfer wieder einen enteignungsgleichen Eingriff angenommen (vgl. § 12 zu Anm.16).

Wenn auch diese Fälle wegen der mangelnden Finalität des Eingriffs nicht der Enteignung, sondern der Aufopferung einzuordnen sind, so ist doch bezeichnend, daß der BGH im Anschluß an die Praxis des RG (vgl. zu Anm.15f) hierfür eine, ebenfalls auf dem Aufopferungsgedanken beruhende Entschädigung gewährt. Dieses Ergebnis ist nur eine logische Folge für die Zuerkennung

---

29)So auch Wohlfahrt JR 1935 S.77.
30)BGHZ 9,83ff; KG West SJZ 1950 S.819f; OLG Schleswig NJW 1951 S. 605 - vgl.auch § 6 Anm.21,25f.
31)BGHZ 12,52(57); 23,235; 31,1ff; BGH,MDR 1960 S.1000.
32)BGHZ 8,273ff; 16,366(374).

des Aufopferungsanspruchs bei Verletzung immaterieller Güter. Die schweren Gesundheitsschäden anläßlich einer Impfung oder sonstigen Zwangsbehandlung sind grundsätzlich nicht gewollt[33]. Darum ist es auch widerspruchsvoll, wenn man annimmt, der Aufopferungsanspruch gelte nur für finale Schädigungen, gleichzeitig aber die nicht finalen Impfschäden demselben Anspruch unterstellt[34]. Der Einwand, daß tatsächlich ein zielgerichteter Eingriff vorliege, ist nicht stichhaltig, weil im konkreter Fall nur seine normalen, nicht seine außergewöhnlichen Folgen gewollt oder in Kauf genommen sind (vgl.§ 6 zu Anm.29). Sonst dürfte man auch nicht die Verletzung des Nothelfers als Gefährdungsfall ansehen, weil auch hier ein Eingriff in dessen Freiheitssphäre erfolgt, ohne daß die unbeherrschbaren, mittelbaren Folgen des Einsatzes gewollt wären. Wenn demnach der unmittelbare Eingriff in die Rechtssphäre des Einzelnen für den Aufopferungsanspruch nicht wesentlich ist, bestehen ebenfalls keine Bedenken, die durch Fehler einer technischen Verwaltungseinrichtung (sogen."Verwaltungsfabrikate") entstandenen Schäden nach Aufopferungsrecht zu entschädigen[35]. Da für zuviel erhobene Abgaben als Folge einer unrichtig arbeitenden Rechenmaschine der den §§ 812 ff BGB entsprechende Erstattungsanspruch bereitsteht, verbleiben hierfür im wesentlichen nur die Störungen der Verkehrsampel. Auch sie sind adäquat durch Verwaltungshandeln verursacht und haben die nur tatsächliche Einwirkung mit den hoheitlichen Immissionen und ähnlichen Aufopferungsfällen gemein. Unter "Aufopferung" versteht man schon begrifflich nur die Duldung, nicht die Anforderung des Opfers. Unerheblich ist, daß der aus der Gefahrenlage entstandene Schaden nicht im Interesse des Staates liegt. Es genügt, wenn die gefährliche Tätigkeit an sich für die Beförderung des Gemeinwohls notwendig ist[36].

---

33) So richtig Janssen G.S.148; Schack DÖV 1961 S.729;- vgl.auch § 6 Anm.27.

34) So aber Forsthoff VR(8)S.311f,319; Bender S.182; Wilke S.59,80 ff; dagegen konsequent Fischer S.56, der in allen Gefährdungsfällen in Kauf genommene Schädigungen sieht.

35) A.A,Zeidler,DVBl 1959 S.686 u.Jaenicke DÖV 1961 S.859, die hier ein selbständiges Institut der Gefährdungs-,bezw.Garantiehaftung befürworten, während Maaß DVBl 1961,S.10 die Staatshaftung für ausreichend hält.

36) BGHZ 13,88(93); BGH,NJW 1957 S.1148f - vgl.auch Anm.11,14.

IV. Heutige Rechtslage.

1 . Rechtsnatur und Geltungsbereich des Anspruchs.

Die öffentlich-rechtliche Natur des hier in Frage kommenden Aufopferungsanspruchs und seine Geltung im gesamten Bundesgebiet ist heute nahezu unbestritten (vgl.Anm.25,37-39, § 6 Anm.50f). In der Literatur und Rechtssprechung besteht aber Unklarheit über seine Rechtsquelle. Teilweise wird § 75 EinlAl analog angewandt, überwiegend sieht man ihn aber als Ausfluß eines allgemeinen Rechtsgedankens an. Eine Analogie zu § 75 EinlALR[37] scheitert, abgesehen von dem zweifelhaften Weiterbestehen dieser Bestimmung, daran, daß auf diesem Wege eine Ausdehnung über außerpreußische Gebiete nicht möglich gewesen wäre. Die Gerichte haben ihn daher zu Recht aus einem allgemeiner beiden Rechtsgebieten angehörenden Rechtsgedanken abgeleitet, ihn aber durch die Aufopferungsnormen des öffentlichen Rechtes konkretisiert[38]. Gewandelte Rechtsanschauung und vordringende Verfassungsprinzipien führten zu einer Ausweitung des Instituts auf rechtswidrige Aufopferungsfälle und Körperschäden. Diese Auslegung findet ihre Bestätigung im Rechts- und Sozialstaatsprinzip, im Gleichheitssatz und im verstärkten Persönlichkeitsschutz des Grundgesetzes (Art.1-3,19 IV,20 III,28I). Heute kann sich der Aufopferungsanspruch in dieser Gestalt auf eine im wesentlichen gleichmäßige, allgemeine Übung mit Rechtsgeltungswillen berufen. Der allgemeine,ausfüllungsbedürftige Rechtsgedanke der Aufopferung ist - inzwischen auch hinsichtlich der immateriellen Schäden - zum G e w o h n h e i t s r e c h t erstarkt[39].

---

37) So Bender S.181, Weimar JR 1958 S.96; BGHZ 9,209(213) - vgl. auch Forsthoff VR(8) S.318.

38) BGHZ 11,248f; 16,366(370); 25,238(240); BVerwG,NJW 1959 S.308; Schack,Gutachten S.22; Wolff(3)S.320; Barkhau S.49; Lange S.16; Giese,Aufopferungsanspruch S.29; Huber S.36; Esser,Schuldrecht (2)§ 59,6.- Rspr.d.RG vgl.§ 5 Anm.2.

39) BGHZ 6,270(275); 13,88(91); 20,61(69); 29,95(97); 9,83(86); BayVfGH,VwRspr.4,290; Forsthoff VR(8) S.310; Wolff(3) S.320; Schlochauer S.230; Koellreutter S.62; Scheuner,Verfassungsschutz S.82; Greiner DÖV 1954,S.584 - Gewohnheitsrecht ist auch hier möglich vgl.Larenz NJW 1959 S.49; BGH,NJW 1957 S. 1595 u.Lit.zu § 8 Anm.1.

Zweifelhaft ist aber, ob es sich dabei um Bundes- oder Landesrecht handelt[40]. Da der Aufopferungsanspruch in mehreren Besatzungszonen einheitlich gilt, ist er im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis Bundesrecht geworden (Art.125 I Ziff.1 GG). Das trifft aber nur für Gesundheitsmaßnahmen bei übertragbaren Krankheiten zu (Art.74 Ziff.19 GG). Darum hat das BSeuchenG zu Recht die Entschädigung geregelt. Im übrigen ist nach der Zuständigkeitsvermutung der Art.30,70 GG Landesgewohnheitsrecht anzunehmen, weshalb auch die neuen Polizeigesetze den Ersatz der aus sicherheitsrechtlichen Maßnahmen entstehenden Schäden vorsehen.

Wenn der Aufopferungsanspruch auch nicht unmittelbar auf den Gleichheitssatz oder auf einen anderen Verfassungsgrundsatz gestützt werden kann, so ist er doch Ausdruck dieses Prinzips und insoweit verfassungsrechtlich garantiert, als seine ersatzlose Aufhebung oder wesentliche Einschränkung gegen Art. 2 und 3 GG verstoßen würde und daher nichtig wäre[41].

Umstritten ist auch der sachliche Geltungsbereich des Aufopferungsanspruchs (vgl.§ 12 Anm.12, § 16 Anm.4). Nach richtiger Ansicht wird er nur durch die Enteignung eingeschränkt, umfaßt also den Ausgleich aller nicht vermögenswerten und darüber hinaus den Ersatz solcher vermögenswerter Opfer, die auf einer nicht finalen Schädigung beruhen[42]. Die ungewollten Schäden sind demnach heute das regelmäßige, aber doch nicht das ausschließliche Anwendungsgebiet der Aufopferungsentschädigung, weil auch evtl.zielgerichtete Eingriffe in die körperliche In-

---

40) Soweit erörert, wird meist Bundesgewohnheitsrecht angenommen -vgl.Koellreutter S.63; Huber S.36; BGH ,NJW 1961 S.556.- Nur Jaenicke DÖV 1961 S.859 u.Jung S.28 unterscheiden richtig nach Sachkompetenzen. Vgl.allg.Bachof DÖV 58,28 u.Haas DVBl 57 S.374.

41) Für Verfassungsrang: Janssen G.S.33; Wolff(3)S.320; Schack, NJW 1957 S.653 - DürigJZ 1955 S.522 u.Haas S.32 leiten ihn unmittelbar aus Art.3 GG ab ;a.A.Scheuner,DÖV 1954 S.591; BayVfGH, VwRspr 5,S.714.- Vgl.§ 9 a.E.

42) So auch Schack JZ 1956 S.427; Janssen G.S.77,207; Wolff(3)S.321 323; Esser,Schuldrecht(2) § 59,8; Scheuner,Verfassungsschutz S.106; Greiner DÖV 1954 S.586; Jaenicke DÖV 1961 S.858f; Dürig JZ 1955 S.522; - a.A.Weber S.344; Kleinhoff DRiZ 1957 S.225; Forsthoff VR(8) S.319 (vgl.aber S.310); Wilke S.35,51; Leisner DÖV 1961 S.859 - vgl. auch Anm.20.

tegrität des Einzelnen danach auszugleichen sind[43]. Der allgemeine Aufopferungsanspruch deckt die von Sonderregelungen nicht erfaßten Gefährdungstatbestände, weshalb die insbesondere von Forsthoff vertretene Einführung eines eigenen Instituts überflüssig ist[44]. Forsthoff selbst greift im Ergebnis auf den Aufopferungsanspruch zurück, wenn er die in Rechtsprechung und Literatur entwickelten allgemeinen Grundsätze des Entschädigungs- und Aufopferungsrechts hier zu Ende führen und abrunden will. Die für die zivilrechtliche Gefährdungshaftung bestimmenden Einsichten können hierbei nur bestärkend wirken. Der Aufopferungsanspruch beschränkt sich aber nicht allein auf diese Fälle, ist weiter gespannt. Sein Wesen ist das im Interesse der Allgemeinheit aufgenötigte Sonderopfer, nicht die mangelnde Finalität und die typische, außergewöhnliche Gefahr, wie sie den Gefährdungsfällen eigen ist[45]. Man kann daher auch hier nicht von einer Gefährdungshaftung sprechen; die Gefahr ist bei der Aufopferung nicht haftungsbegründend.

2. Besonderes Opfer.

Im Gegensatz zur Staatshaftung soll die auf Billigkeitserwägungen gestützte Aufopferungsentschädigung nur unzumutbare, besondere Opfer des Einzelnen ausgleichen, während die allgemeinen, leichteren Beschränkungen der Rechtssphäre ersatzlos hinzunehmen sind. Die im Enteignungsrecht entwickelten Abgrenzungstheorien gelten auch hier, wenn sie auch nicht diese Bedeutung haben, weil grundsätzlich die Verletzung oder Beschädigung der Substanz eines Rechtsgutes vorliegen wird. Nach der vom RG entwickelten formellen Einzelaktstheorie liegt eine Enteignung vor, wenn nur ein begrenzter Personenkreis mit

---

43) a.A. Janssen G.S.148 Anm.138f, S.138,161,169, der zu dem unmöglichen Ergebnis kommt, daß die Sterilisation Enteignung sei - vgl.auch § 12 Anm.3.

44) Forsthoff VR(8)S.318f -vgl.auch Bender S.183; Wilke S.79 u.zu Anm.35 sowie Salzwedel ArchöffR 1962 S.103.

45) So auch Stachow S.107:Die Gefahr ist nicht das Essentiale des Aufopferungstatbestandes.-Im Ergebnis ebenso:Weimar JR 1958 S. 96;Schack DÖV 1961 S.734;Jaenicke DÖV 1961 S.858;Scheuner,Verfassungsschutz S.105f;Reinhardt,Gutachten S.261;Fischer S.61; Janssen G.S.156;Wolff(3)S.351;Schlochauer S.231;Koellreutter S. 63; Lange S.39; Menger,Gedächtnisschrift S.355.- Unrichtig:OLG. Oldenburg JR 1958 S.222:Die Aufopferung enthalte überhaupt keine Gefährdungstatbestände.

einem Sonderopfer für die Allgemeinheit belastet wird, eine entschädigungslose Eigentumsbeschränkung, wenn alle Personen gleicher Interessenlage gleich getroffen werden[46]. In der Literatur wird überwiegend auf materielle Gesichtspunkte abgestellt: Danach spricht man von Enteignung, wenn in den Schutzbereich des Eigentums eingegriffen wird (Schutzwürdigkeitstheorie)[47], wenn die Beeinträchtigung unzumutbar (Zumutbarkeitstheorie)[48] oder, wenn die Inanspruchnahme derart intensiv und schwer ist, daß die Substanz eines subjektiven Rechtes entzogen oder vermindert wird (Substanzminderungstheorie)[49]; in neuerer Zeit bringt man auch die Zweckentfremdung des beanspruchten Gegenstandes in Verbindung mit dem Enteignungsbegriff[50]. Der Kern all dieser Theorien ist trotz ihrer verschiedenen Gesichtspunkte und Namen derselbe: Die Verletzung der Persönlichkeits- und Eigentumsgarantie, insbesondere aber der Gleichheit, die sowohl formelle, wie materielle Elemente enthält und durch die Entschädigung wiederhergestellt werden soll. Die ungleiche Belastung läßt sich nur im Vergleich mit anderen, nicht betroffenen Personen feststellen. Zur Abgrenzung gegenüber vereinzelten, aber unerheblichen Beschränkungen eines subjektiven Rechtes kann jedoch auf materielle Kriterien nicht verzichtet werden[51]. Hier erweisen sich die Unzumutbarkeit und die Beeinträchtigung des Wesensgehaltes des betroffenen Gutes als wertvolle Hilfsmittel. Im

---

46) Vgl. insbes. Staatsgerichtshof, RGZ 124 Anh. S. 19(33).

47) Vertreten von Jellinek VR(3) S. 413.

48) Stödter DÖV 1953 S. 97(99) bezeichnet sie als Zumutbarkeits- oder Substanztheorie.

49) Schelcher ArchöffR 18 S. 321 (347,350).

50) Forsthoff VR(8) S. 302; Weber S. 374; Huber S. 23.- Ähnlich die von Reinhardt, Verfassungsschutz S. 14,33 vertretene "Privatnützigkeitstheorie", die auf die Beeinträchtigung der dem Privatinteresse nützenden, funktionsgerechten Verwendung der Güter abstellt.

51) So auch Hamann GG(2) Art. 14 Anm. B 6; v. Mangoldt-Klein GG(2) S. 444; Forsthoff JZ 1952 S. 627f; Giese, Aufopferungsanspruch S. 39,43; Wolff(3) S. 317,330; selbst Stödter, Entschädigung S. 200 will die formelle Eingriffslehre durch materielle Erwägungen ergänzen. Nur auf materielle Kriterien stellt ab BVerwG, NJW 1957 S. 1534 f.

Grunde handelt es sich um eine Kombination der einzelnen Theorien. In Ergänzung der vom BGH herausgestellten Formel[52] kann man daher die entschädigungspflichtige Aufopferung als ein (im Vergleich zu anderen) ungleiches, (nach Stärke und Folgen des Eingriffs) besonderes Opfer bezeichnen. Darunter fallen die außergewöhnlichen, nicht in Kauf genommenen Gesundheitsschäden der Gefährdungstatbestände, aber auch die Beschädigung von Sachwerten, nicht die üblichen organischen Reaktionen einer ärztlichen Zwangsbehandlung oder die Zeitversäumnis, die vom Nothelfer verlangt wird. Eine Beeinträchtigung subjektiv-öffentlicher Rechte ist in diesem Bereich schwer vorstellbar. Interessant ist der vom BGH aufgegriffene Gedanke des "makelbehafteten Eigentums", der zu einem Ausschluß des Sonderopfers führen soll[53]. Dem Argument ist grundsätzlich zuzustimmen; im Bereich der Gefährdungsfälle erscheint mir aber im allgemeinen der Einwand des Mitverschuldens oder der Mitverursachung des Störers nutzbringender (vgl.§ 14 zu Anm.11).

Ein weiteres Problem ist die Begrenzung der mittelbaren Aufopferungsschäden[54]. Hier wird man eine nahe Beziehung zwischen hoheitlichem Handeln und der Verletzung des Rechtsgutes verlangen müssen, wie z.B. beim Anlieger. Die eigentlichen Gefährdungstatbestände bereiten hier keine besonderen Schwierigkeiten, weil immer eine Einwirkung auf den Betroffenen vorliegt, die dann unmittelbar oder mittelbar zu einem erheblichen Schaden führt.

---

52)BGHZ 6,270(282); 23,235(239); 30,241.

53)Vgl.BGHZ 31,1(3f); OLG Celle,JZ 1961 S.372; ähnlich schon RGZ 167,14(26).- Nach Schack JZ 1961 S.374 u.Reismüller JZ 1960 S.123 fehlt es hier von vornherein an einem Sonderopfer.

54)Vgl.Schack JZ 1961 S.373.

VIERTER TEIL:

Nähere Ausgestaltung und Konkurrenz der Entschädigungsansprüche.

§ 14 Art und Ausmaß der Entschädigung.

Auch in den Sondernormen der öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung kommt der Opfergedanke zum Ausdruck. Es soll daher von der Aufopferungsentschädigung ausgegangen und die Sondertatbestände nur insoweit berührt werden, als dies zur Erfassung der Rechtsgrundlage und der Besonderheiten der einzelnen Ansprüche erforderlich ist. Im Rahmen der Aufopferung ist überdies eine Beschränkung auf die Grundsätze der Ersatzleistung geboten, weil hier die Gefährdungstatbestände im allgemeinen keine Sonderstellung einnehmen.

I. Art und Umfang im allgemeinen.

Das Sonderopfer ist nicht nur Voraussetzung des Aufopferungsanspruchs, sondern auch Richtschnur für Art und Ausmaß der Entschädigung. Das in ihm verkörperte Prinzip der Lastengleichheit gebietet, daß die durch den Hoheitsakt geschaffene willkürliche Ungleichheit beseitigt wird. Dem genügt eine angemessene Entschädigung, die den Interessen der zur Ausgleichung verpflichteten Gemeinschaft und des Betroffenen gerecht wird. Dieser in ständiger Rechtssprechung entwickelte Grundsatz hat seinen Niederschlag in Art.14 GG und in den Sondernormen der öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung gefunden[1], gilt aber auch für den allgemeinen Aufopferungsanspruch[2]. Ein Bereicherungsanspruch scheidet bei den Gefährdungstatbeständen, die grundsätzlich eine Substanzverletzung verursachen, schon begrifflich aus. Der Betroffene kann aber auch keinen Schadens-

---

1) § 70 PrPVG, § 70 PVGBerl, § 70 PVG NW, § 38 PolGBadW, § 52 I PolGBrem, § 40 SOGNs, § 65 PVG RhlPf, Art.56 BayPAG; §§ 51ff BSeuchenG; § 68 ViehsG; §§ 10 II 2, 20 WasserhG; §§ 53,33 LuftVG.

2) Vgl.RGZ 126,356(361); 167,14(26); BGHZ 7,331(334); 9,209(218); 22,43(50); 29,95ff; Schack, Gutachten S.43f; Wolff(3) S.323.

ersatz verlangen[3], wenngleich einzelne Sondernormen ungenau diesen Ausdruck verwenden und auch die Entschädigung zur vollen Wiedergutmachung des Schadens führen kann.

Zu ersetzen ist immer nur der V e r m ö g e n s s c h a d e n[4], also bei Sachschäden der Wiederbeschaffungswert oder der Minderwert, bei Körperverletzungen die Aufwendungen zur Wiederherstellung der Gesundheit oder Arbeitsfähigkeit; bei verminderter Erwerbsfähigkeit können eine Geldrente, evtl.eine Kapitalabfindung, beim Tode die Beerdigungskosten geltendgemacht werden. Eine genaue Aufzählung der einzelnen Ansprüche bei Körperschäden enthalten die §§ 52ff BSeuchenG. Nach §§ 559a,564 RVO beträgt die Rente entsprechend der Minderung der Erwerbsfähigkeit bis zu 2/3 des Jahresverdienstes im letzten Kalenderjahr; dieser Anspruch wird meist hinter einer angemessenen Entschädigung zurückbleiben[5].

Der i m m a t e r i e l l e Schaden löst wie bei allen "Haftungen ohne Verschulden" grundsätzlich keine Entschädigung aus, insbesondere keinen Anspruch auf Schmerzensgeld (Ausnahme § 53 III LuftVG). Dieses Ergebnis vereinbart sich durchaus mit dem Gleichheitssatz und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Art.2,3 GG. Wenn der BGH die Aufwendungen zur Beseitigung von Schmerzen und psychischen Veränderungen ersetzen will, so ist das nichts anderes als der Ausgleich eines Vermögensschadens[6].

Grundsätzlich ist nur der u n m i t t e l b a r e Schaden am verletzten Rechtsgut auszugleichen, der mittelbare Schaden nur ausnahmsweise. Ersatz für entgangenen Gewinn kann der unmittelbar Verletzte nur dann beanspruchen, wenn ihm ein un-

---

3) Fischer S.44, Forsthoff VR(8) S.314; Wilke S.97; Wolff(3) S. 323; Giese,Aufopferungsanspruch S.74; RGZ 140,276(288); BGHZ 6,270(295); 9,83(93) - a.A.Stödter,Entschädigung S.226; Tschacksch S.51; Schelcher, FischersZ 52,151.

4) BGHZ 22,43(50); Forsthoff VR(8) S.314; vgl.auch § 53 I PolGBrem; Art.59 I BayPAG.

5) Vgl.Forsthoff VR(8) S.318 Anm.1; Wilke S.106.

6) BGHZ 22,43(50); Forsthoff VR(8) S.314; Barkhau S.94; Wolff(3) S.323; - a.A.Wilke S.108f.

zumutbarer Ausfall entstanden ist[7]. Immer hat aber der gesetzlich Unterhaltsberechtigte beim Tode des Betroffenen einen Anspruch auf Zahlung einer Geldrente für das entzogene Unterhaltsrecht. Der Anspruch stützt sich auf den allgemeinen Rechtsgedanken, der in § 844 II BGB, in den Tatbeständen der zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung und im Recht der Unfallversicherung seinen Niederschlag gefunden hat[8]. Für den Ausfall der gesetzlichen Dienstpflicht oder die sonstigen Nachteile eines nur mittelbar Betroffenen besteht keine allgemeine Rechtsgrundlage. Lediglich § 53 II LuftVG gewährt eine dem § 845 BGB entsprechende Entschädigung.

Im allgemeinen wird ein G e l d ersatz den beiderseitigen Interessen gerecht[9]. Naturalrestitution ist nur dann möglich, wenn sie zumutbar, keine Amtshandlung zum Gegenstand hat und dem Betroffenen mit einer Geldleistung nicht gedient ist.

II. Einwendungen.

Bereits aus dem Gedanken des Sonderopfers und der angemessenen Entschädigung folgt, daß sich der Verletzte ein M i t v e r s c h u l d e n anrechnen lassen muß, weil verschiedene Tatbestände nach dem Gleichheitssatz grundsätzlich verschiedene Rechtsfolgen auslösen. Die Anrechnung ergibt sich schließlich aus dem allgemeingültigen in § 254 BGB enthaltenen Rechtsgedanken, der auch im öffentlichen Recht gilt, insbesondere in den Seuchen- und Polizeigesetzen und in abgeschwächter Form auch in §§ 556f RVO[10]. Ihm entspricht die entschädigungslose

---

7) Richtig:BGH,VersR 1960 S.251; Barkhau S.92; Wolff(3)S.323;Giese, Impfschäden S.22;wohl auch BGHZ 14,363; vgl.§ 53 I PolGBrem - ablehnend:Fischer S.44; Schack,Gutachten S.42f.

8) Vgl.Art.56 III BayPAG; § 53 V,VI BSeuchenG; §§ 53,35II LuftVG; § 586ff RVO; u.zumAufopferungsanspruch BGHZ 18,286(289); BGH, NJW 1961 S.555f; Wilke S.1o6; wohl auch Forsthoff VR(7)S.311 Anm.3;- abzulehnen Janssen Fritz NJW 1956 S.778f; Sieg JZ 1956 S.178,der § 537 Ziff.3,5 RVO entsprechend anwenden will.

9) Vgl.Art.59II BayPAG; § 53II PolGBrem; § 20 II WasserhG; vgl. auch BGHZ 7,96ff; Wilke S.100; Schack,Gutachten S.43f; Giese, Aufopferungsanspruch S.73.

10) Vgl.§ 53IV PolGBrem; Art.59I BayPAG; § 51 III BSeuchenG; §§ 70ff ViehsG; § 53I,34 LuftVG.-u.hinsichtl.des Aufopferungsanspruchs: Fischer S.44; Wilke S.103f; Barkhau S.96;vorallem BayObLG DÖV 1960 S.913; OLG Celle,NJW 1954 S.559;- a.A.RGZ 126,356(361); 167,14(26).

Duldungspflicht des Störers im Polizeirecht. Nach diesem Grundsatz wäre auch der Fall dogmatisch richtiger gelöst worden, in dem ein Strafgefangener von einem unerkannt geisteskranken Mithäftling getötet wurde[11]. Bei einer evtl.irrtümlichen Inhaftierung führt die Berücksichtigung des Grades der Schuld zu einem gerechteren Ergebnis. Das muß ebenfalls gelten, wenn eine verschuldete Geschlechtskrankheit behandelt, dem Impfarzt eine Krankheit verschwiegen wird, oder beim Einsatz von Nothelfern die angeordneten Sicherungsvorkehrungen nicht beachtet wurden. Schließlich ist auch das Verschulden des Verletzten bei der unterlassenen Abwendung oder Minderung weiteren Schadens anzurechnen.

Die Entschädigung soll den Betroffenen nicht besser stellen, als er ohne das Sonderopfer stehen würde. Darum sind grundsätzlich alle mit dem Schadensereignis adäquat zusammenhängenden vermögenswerten V o r t e i l e anzurechnen[12]. Das nimmt man jedenfalls bei gesetzlichen Versicherungsleistungen an[13]. Aber auch vertragliche Ansprüche werden hier in stärkerem Maße zu berücksichtigen sein, als im Schadensersatzrecht. Entscheidend ist, ob die Anrechnung zumutbar ist oder nicht. Ein der Vorteilsausgleichung ähnlicher Gedanke findet sich in den Polizeigesetzen. Danach kann ein Entschädigungsanspruch auch insoweit ausgeschlossen sein, als die Maßnahme unmittelbar dem Schutze der Person oder des Vermögens des Geschädigten gedient hat[14]. Diese Regelung ist aber auf den Bereich der gewollten polizeilichen Inanspruchnahme zu beschränken und kann z.B.nicht auf Impfeingriffe oder andere Gesundheitsmaßnahmen, die auch den Betroffenen begünstigen wollen, angewandt werden[15].

---

11)Vgl.BGHZ 17,172(175); Wilke S.62f; Fischer S.59 Anm.61; -Bei einer Geschlechtskranken hatte BGHZ 25,238(242f) unbedenklich ein Sonderopfer angenommen.

12)Vgl.Art.59I BayPAG; § 52IIa PolGBrem; i.ü.BGHZ 6,270(295); Fischer S.44; Wilke S.102; Kleinhoff DRiZ 1958 S.170.

13)Vgl.BGHZ 20,61(67) u.20,81(84) hinsichtl.Versorgungs-bzw.Sozialversicherungsleistungen; s.auch Barkhau S.100; Wilke S.102 u. Hohenester NJW 1957 S.1627, der § 839I2 BGB anwenden will.

14)Vgl.§§ 38 PolGBadW; 52IIb PolGBrem; 40II HPolG; § 65 PVGRhlPf; Art.57I BayPAG.

15)So auch BGHZ 9,83(91); 25,238(242)- a.A.RGZ 156,305(312),der das Interesse des Impflings in den Vordergrund stellt.

Nach st.Rechtssprechung und h.L. v e r j ä h r e n die Ansprüche aus Enteignung und Aufopferung in 30 Jahren[16]. Diese Auffassung hat sich inzwischen, wie der Aufopferungsanspruch selbst, gewohnheitsrechtlich durchgesetzt, so daß schon aus diesem Grunde die 3-jährige Verjährungsfrist des § 852 BGB nicht in Frage kommt. Die einzelnen Verjährungsfristen bei unerlaubter Handlung, bei Gefährungstatbeständen und anderen Entschädigungsregelungen sind aber auch zu verschieden und zu sehr an die einzelnen Erfordernisse angepaßt, als daß man in diesen Bestimmungen den Ausdruck eines allgemeinen Gedankens sehen könnte. Nur in Bayern ist allgemein gem. Art. 125 AGBGB die Verjährungsfrist auf 3 Jahre verkürzt[17]. Auch § 53V PolG-Brem und § 56 II B SeuchenG sehen eine drei- bzw.einjährige Verjährungsfrist vor.

§ 15 Der entschädigungspflichtige Hoheitsträger.

I. Aufopferungsanspruch.

Die Aufopferungsentschädigung hat nach allgemeiner Meinung diejenige Körperschaft des öffentlichen Rechts zu leisten, die von der hoheitlichen, den Anspruch auslösenden Maßnahme unmittelbar und nicht lediglich mittelbar begünstigt ist[1]. Nach dem BGH steht die Abgrenzung zwischen "mittelbarer" und "unmittelbarer"Begünstigung in einem inneren Zusammenhang mit der Verteilung der Aufgaben im Staat; für öffentliche Maßnahmen im örtlichen Aufgabenbereich haften darum die Gemeinden, für solche der überörtlichen Gemeinschaft der Staat[2]. Dieses Ergebnis beruht noch

---

16) BGHZ 9,209; Forsthoff VR(8) S.315; Wilke S.110; Schack,Gutachten S.47; Wohlfahrt, JR 1935 S.79; Scheuner,Verfassungsschutz S.108; - Für 3-jähr.Frist: Giese, Aufopferungsanspruch S.81; Janssen Fritz NJW 1956, S.778f.

17) Vgl.OLG München, HRR 1941 Nr.1057.

1) RGZ 149,34(38f); BGHZ 9,83(93); 11,248(257ff); 20,61(67); 23, 157(169); Schack,Gutachten S.43; Wolff(3) S.323; Anschütz VArch 5, S.129; Scheuner,Verfassungsschutz S.108.

2) RGZ 149,34(38f); BGHZ 11,248(257ff).

auf der früheren Auffassung vom Aufopferungsanspruch, wonach das Sonderopfer das Gemeinwohl unmittelbar fördern müsse. Heute werden auch die Eingriffe entschädigt, die rechtswidrig sind und bei denen der Vorteil des Staates nicht dem Sonderopfer des Einzelnen entspricht. Es genügt, wenn die hoheitliche Maßnahme dem Wohle der Gemeinschaft im allgemeinen dienen will; eine Bereicherung ist nicht erforderlich (vgl.§ 13 zu Anm.14, 36). Damit ist aber auch die Entschädigungspflicht des Begünstigten nicht mehr logische Folge des Aufopferungsanspruchs. Es sprechen sogar erhebliche Gründe dafür, die "eingreifende" und nicht die begünstigte Körperschaft für den Schaden einstehen zu lassen[3]. Die Abgrenzung zwischen mittelbar und unmittelbar Begünstigtem bereitet den Gerichten sogar erhebliche Schwierigkeiten, denn der Aufgabenbereich des Hoheitsträgers bietet kein sicheres Kriterium und "mittelbar wird der Staat auch durch beinahe jeden Eingriff begünstigt"[4]. Damit wird dem Geschädigten das Prozeßrisiko aufgebürdet, den richtigen Beklagten zu finden. Das staatliche Interesse, die Ersatzpflicht der evtl.begünstigten Stelle endgültig aufzuerlegen, kann auch durch einen internen Finanzausgleich zwischen ihr und der eingreifenden Körperschaft gewahrt werden. Zumindest ist aber eine kumulative Haftung der begünstigten und der handelnden Behörde zu befürworten[5]. Entsprechend der Staatshaftung hätte grundsätzlich die Körperschaft einzustehen, in deren Dienst der eingreifende Amtswalter steht, bei Beamten in Doppelstellung evtl. die Juristische Person, deren Funktionen er wahrgenommen hat[6].

II. Sondernormen.

Eine entsprechende Regelung haben die neuen Polizeigesetze getroffen[7]. Dagegen stellen § 71 PrPVG und § 59 BSeuchenG darauf ab, in wessen Bereich der Schaden verursacht wurde. § 53 I

3) So auch Fischer S.46; Wohlfahrt JR 1935 S.80; Wilke S.115; Stödter,Entschädigung S.242ff; Giese,Aufopferungsanspruch S.23; Menger,VArch 48,S.360f.

4) BGHZ 11,248(258).

5) So BGHZ 13,395(399); vgl.auch Fischer S.46.

6) Vgl.BGHZ 2 S.350ff; Wolff(3)S.345;Maunz(10) S.263.

7) Art.57,60 BayPAG; § 39 PolGBadW; § 54 I,II PolGBrem; § 41 HPolG; § 66 PVGRhlPf.

LuftVG legt die Haftung dem Bund als Halter des Luftfahrzeuges auf, § 67 I ViehsG überläßt die Bestimmung des Ersatzpflichtigen den Ländern. Versicherungsträger für die organisierten oder freiwilligen Nothelfer nach § 537 Ziff.3-5 RVO ist grundsätzlich das Land, ausnahmsweise auch die Gemeinde oder ein Versicherungsverband, in dem die Gemeinden zusammengeschlossen sind (§§ 624f, 627f RVO).

§ 16 Das Verhältnis der einzelnen Ersatzansprüche untereinander.

I. Verhältnis der Sondernormen zum allgemeinen Aufopferungsanspruch.

Der Aufopferungsanspruch kommt nur insoweit zum Zuge, als nicht Sonderbestimmungen eine angemessene Entschädigung gewähren. Die Entschädigungsregelung der Polizeigesetze, die Seuchengesetze, §§ 10 II 2,20 WasserhG, §§ 53 I,33 LuftVG decken sich mit seinen Prinzipien und gehen ihm vor[1]. Anders verhält es sich mit den Leistungen der RVO. Sie erfassen grundsätzlich nicht den Sachschaden und gleichen die Erwerbsminderung bei Körperverletzung nur bis zu 2/3 des Jahresverdienstes im letzten Kalenderjahr aus (§§ 555, 559a, 564 RVO). In Höhe der Versicherungsleistung geht der allgemeine Aufopferungsanspruch gem.§ 1542 RVO auf den Versicherungsträger über, es sei denn, man wendet § 898 RVO bei der organisierten Nothilfe entsprechend an[2]. Soweit die Versicherungsleistung nicht angemessen ist, kann der Betroffene darüberhinaus einen Aufopferungsanspruch geltend machen[3]. Der Gesetzgeber wollte, als er 1942 die Ersatzpflicht für Nothilfe in § 537 Ziff.3-5 RVO anordne-

---

1) So auch Lange S.29; Drews-Wacke(7)S.464f; Schack DVBl.1956 S. 670; Kreft DÖV 1955 S.519; Ehlers S.39f, der aber irrtümlich annimmt, daß der allg.Aufopferungsanspruch auch insoweit aufgegangen sei, als § 70 PrPVG den mittelbar Betroffenen nicht entschädigen wolle.

2) Für Anwendung v.§ 1542 RVO Lauterbach(2) § 1542 Anm.9b - a.A. BGHZ 20,81(84); Wilke S.102.- Im Ergebnis haftet jedoch nach beiden Ansichten der Sozialversicherungsträger in Höhe der Versicherungsleistung. Vgl.§ 14 Anm.13 u.Knoll S.117ff.

3) So außer den Stimmen Anm.2 wohl auch Barkhau S.87; Forsthoff VR(8) S.318; BGHZ 20,61ff; 20,81f.

te, den Aufopferungsanspruch nicht ausschließen; dieser war ja damals für Körperschäden noch nicht anerkannt. Seine Verdrängung widerspräche auch der verfassungsrechtlichen Garantie des Anspruchs (vgl. § 13 zu Anm. 9,41).

II. Verhältnis zur Staatshaftung.

Wenn dem Einzelnen aus einem fahrlässig verursachten Gefährdungstatbestand ein besonderes Opfer erwächst - und das ist grundsätzlich der Fall - können die Ansprüche aus öffentlich-rechtlicher Gefährungshaftung und aus Aufopferung mit der Staatshaftung konkurrieren. Dabei ist das Rangverhältnis zwischen allgemeinem Aufopferungsanspruch und Art. 34 GG, § 839 BGB sehr umstritten. Die wohl h.M. im Schrifttum nimmt im Widerspruch zu den Gerichten an, daß der Aufopferungsanspruch durch die Staatshaftung verdrängt werde[4]. Dagegen spricht zunächst der Wortlaut des § 839 I 2 BGB, wonach der Anspruch aus einer fahrlässigen Amtspflichtverletzung gegenüber den Ersatzansprüchen des Verletzten subsidiär ist. Mit dieser Bestimmung sollte aber der Geschädigte entsprechend ihrem Grundgedanken nur auf privatrechtliche Ersatzmöglichkeiten, nicht auf öffentlich-rechtliche verwiesen werden[5]. Der Aufopferungsanspruch schließt daher den Amtshaftungsanspruch nicht aus; er wird aber auch seinerseits nicht nach den Grundsätzen der Subsidiarität oder Spezialität von diesem ausgeschlossen. Dazu fehlt es einerseits an einem entsprechenden Gesetzeswillen,andererseits an der Deckungsgleichheit beider Ansprüche. Der Staatshaftungsanspruch erfordert kein besonderes Opfer, aber ein vom Geschädigten zu beweisendes Verschulden des Amtswalters, gewährt vollen Schadensersatz,also auch entgangenen Gewinn und Schmerzensgeld und verjährt in drei Jahren.Der Betroffene stünde demnach bei Wegfall des Aufopferungsanspruchs schlechter als bei schuldlos-rechtswidriger Schädigung.Wenn man hier nach Aufopferungs-

---

4) Meist hinsichtl.enteignungsgl.Eingriff behandelt;aber Sonderfall der Aufopferung.Vgl.insbes.BGHZ 13,88ff;Forsthoff VR(8) S.312; Stödter DÖV 1953 S.139; Huber(2) S.38; Scheuner,DÖV 1955 S.547; Dürig JZ 1955 S.523; Krause S.80; Jung S.113; Kreft DÖV 1955 S.517f,der aber inkonsequent Anspruchskonkurrenz zu Spezialnormen annimmt.- Bedenken äußern auch Wolff(3) S.354; Schack BB 1956 S.413.

5) So BGHZ 13,88(104); Reinhardt,Gutachten S.264; - a.A.Schröer JZ 1955 S.310ff.

recht entschädigt, muß man es auch, wenn ein Verschulden dazutritt. Eine Verdrängung des Aufopferungsanspruchs widerspricht nicht nur dem Rechtsempfinden, sondern findet auch in den"Haftungen ohne Verschulden",insbesondere in der Gefährdungshaftung keine Parallele. Auch der Einwand, daß bei schuldhaft rechtswidrigen Eingriffen eine Entschädigungslücke nicht bestehe, spricht nicht gegen die Richtigkeit der Anspruchskonkurrenz zwischen Aufopferungs- und Staatshaftungsanspruch[6].

Dasselbe muß auch für die Ausgleichsforderung auf Grund einer Sondernorm gelten. Eigenartigerweise wird hier, insbesondere bei den Polizeigesetzen, durchwegs angenommen, daß beide Ansprüche nebeneinander bestehen[7]. Problematisch ist das Verhältnis zwischen der Versicherungsleistung nach §§ 537,555ff RVO und dem Staatshaftungsanspruch. Zweckmäßig läßt man entsprechend der Regelung beim Aufopferungsanspruch § 839I2 BGB gegenüber § 1542 RVO zurücktreten, so daß in Höhe der Versicherungsleistung der Schadensersatzanspruch auf den Versicherungsträger übergeht[8].

§ 17 Prozessuale Fragen.

Nach § 40 II VwGO ist für vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung und für Schadensersatzansprüche aus Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten (vgl.auch Art.34 S.3 GG) der ordentliche Rechtsweg gegeben. Eine entsprechende Bestimmung enthalten auch die Polizeigesetze und das Bundesseuchengesetz[1]. Diese Regelungen gehen zurück auf eine ständige Rechtssprechung zur Aufopferungs- und Enteignungsentschädigung . Die ordentlichen Gerichte sind darum auch zuständig für die Ersatzansprüche

6) Für Anspruchskonkurrenz auch Wohlfahrt JR 1935 S.79; Wilke S.39; Reinhardt,Gutachten S.262f; Fischer S.54f; Janssen G.S.129; Jellinek,JZ 1955 S.149; Barkhau S.84; Hamann GG(2)Art.14 Anm.8.

7) Vgl.Drews-Wacke(7) S.476f; Berner Art.56 Anm.9; Kreft DÖV 1955 S.519 auch hinsichtl.§ 66 ViehsG;- vgl.auch § 51 II BSeuchenG; §§ 53,42 LuftVG.

8) So BGHZ 20,81(84); Wilke S.102; wohl auch Knoll S.118f.

1) § 73 PrPVG, § 73 PVGBerl, § 73 PVGNW; § 41 PolGBadW; § 55 PolGBrem; § 43 HPolG; § 68 PVGRhlPf; Art.64 I BayPAG; § 61 BSeuchenG.

nach §§ 10 II 2, 20 WasserhG und §§ 66 Ziff.3, 68 ViehsG[2]. Dabei entscheidet das ordentliche Gericht nicht nur über Art und Höhe der Entschädigung, sondern auch über ihren Grund[3]. Dagegen sind die Ansprüche aus §§ 537,555ff RVO gem.§§ 51ff Sozialgerichtsgesetz vom 3.9.1953 (BGBl I S.1239,1326) vor dem Sozialgericht geltendzumachen.

Während für die Staatshaftungsklagen eine ausschließliche Zuständigkeit des Landgerichtes besteht, richtet sie sich für öffentlich-rechtliche Entschädigungsansprüche grundsätzlich nach dem Wert des Streitgegenstandes (§ 1 ZPO, §§ 23 I, 71 GVG)[4]. Obwohl es sich beim Aufopferungsanspruch um keinen Schadensersatzanspruch handelt, wird man den Grundsatz der freien Schadensschätzung des § 287 ZPO und nicht § 286 ZPO anwenden müssen, denn die Umstände für die Ermittlung des Schadens sind dieselben[5].

---

2) Vgl.BGH,NJW 1962 S.252.- Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für § 53 LuftVG ergibt sich bereits aus dem Zusammenhang mit der privatrechtl.Luftfahrzeughaftung.

3) Vgl.u.a.RGZ 111, 224; BGHZ 15,268(270); Schäfer S.26; kritisch Knoll S.111f.

4) Nur bei Schäden aus staatlichen Verfügungen können die Länder eine andere Regelung treffen.- Vgl.auch Wilke S.120.

5) BGHZ 29,95(99); vgl.auch Knoll S.145ff.- a.A.Schack,Gutachten S.42.

FÜNFTER TEIL

§ 18 Zusammenfassung und Ausblick.

Die Untersuchung hat ergeben, daß es auch öffentlich-rechtliche Gefährdungstatbestände gibt, deren Merkmale den zivilrechtlichen vergleichbar sind. Dabei sind nicht alle fehlgehenden Hoheitsakte typisch gefährlich, sondern nur diejenigen Maßnahmen oder Einrichtungen der Verwaltung (nicht der Gesetzgebung oder Rechtssprechung), die vereinzelt außergewöhnliche Schäden an Sach- und Lebensgütern verursachen können. Die mittelbar oder unmittelbar eintretende Verletzung ist nie gewollt, läßt sich jedoch nicht vermeiden, da das höher zu bewertende öffentliche Interesse die gefährliche Staatstätigkeit erfordert. Im Gegensatz zum Zivilrecht kann sie aber auch auf einer direkten, tatsächlichen oder rechtlichen Inanspruchnahme des Betroffenen (z.B.der Impfung oder dem Einsatz des Nothelfers) beruhen. Der schädliche Erfolg kann rechtmäßig oder rechtswidrig und auch fahrlässig herbeigeführt sein[1].

Für die erheblichen, aber im Verhältnis zum Privatrecht seltenen Schäden aus diesen Gefährdungsquellen steht auch im öffentlichen Recht eine ausreichende Rechtsgrundlage bereit. Sie findet sich in Sondergesetzen, bei fahrlässigem Verhalten auch in der Staatshaftung, hauptsächlich aber im gewohnheitsrechtlich geltenden Aufopferungsanspruch. Dieses Institut umfaßt in der Gestalt, die es durch die ausdehnende, ständige Rechtssprechung gewonnen hat, auch ungewollte und gefährliche, zu einem Sonderopfer führende Eingriffe und wird damit auch den Gefährdungsfällen gerecht. Es beschränkt sich jedoch nicht auf diese Tatbestände, sondern ergreift auch gewollte und ungefährliche Sonderbelastungen und ist vergleichbar mit der im französischen Recht geltenden Haf-

---

1) Dieser Begriff stimmt im wesentlichen mit der Definition Forsthoff's VR(8) S.315ff u.Schack's DÖV 1961 S. 728 ff überein.

tung aus "risque"[2]. Obwohl der Aufopferungsanspruch die Gefährdungstatbestände deckt, ist sein Wesen nicht die besondere Gefahr, sondern das weiterreichende Prinzip des Sonderopfers. Darum handelt es sich, ebenso wie bei der Staatshaftung oder anderen, weitergefaßten Sondernormen um keine Gefährdungshaftung. Von ihr kann nur gesprochen werden, wenn der fehlende Eingriff und die erhebliche Gefahr spezifische Merkmale der Haftungsgrundlage sind, wie in Art.56 II BayPAG, § 51 BSeuchenG, § 66 Ziff.3 ViehsG, § 53 LuftVG, § 10 II S.2 WasserhG und z.T.auch in § 537 Ziff.3-5 RVO.

Für die Schäden aus Gefährdungstatbeständen existiert daher wohl eine Anspruchsgrundlage, aber kein einheitliches Institut. Es kann auch nicht aus dem Rechtsgedanken der genannten Sondernormen oder dadurch gewonnen werden, daß die Grundsätze der bürgerlich-rechtlichen Gefährdungshaftung auf das öffentliche Recht übertragen werden[3]. Ebensowenig besteht ein dringendes Bedürfnis nach Einführung eines umfassenden Instituts oder einer Garantiehaftung für Schäden aus dem Versagen technischer öffentlicher Einrichtungen[4]. Eine einheitliche Kodifizierung würde nach der heutigen verfassungsrechtlichen Situation nicht nur an der grundsätzlichen Zuständigkeit der Länder für diesen Fragenkomplex scheitern[5], sondern auch an der Schwierigkeit, den Gefahrenbegriff allgemein und doch praktikabel zu umschreiben[6]. Sie wäre zudem

---

2) Vgl.Münch S.83 und Forsthoff VR(8) S.316f, die aber fälschlich zwischen Aufopferungs-und Gefährdungstatbestand unterscheiden.- Das heutige Aufopferungsrecht (einschließlich der Sondernormen) erfüllt damit weitgehend die Forderungen O Mayers, VR(3) S.295ff, nach einem umfassenden System der öffentlich-rechtlichen Entschädigung und geht teilweise sogar darüber hinaus. Vgl.Janssen G.,NJW 1962 S.945.

3) So aber Forsthoff VR(8) S.319.- Es gibt auch kein,dem Aufopferungsanspruch und der Gefährdungshaftung übergeordnetes Prinzip, wie Wilke S.79 annimmt.Ähnl.Salzwedel ArchöffR 62,103.

4) A.A.Jaenicke DÖV 1961 S.859; Zeidler, Technisierung S.25.

5) So auch Jaenicke DÖV 1961 S.859.

6) Insoweit richtig Leisner DÖV 1961 S.860.

einer evtl.notwendigen Anpassung an veränderte soziale Verhältnisse nicht förderlich. Das schließt nicht die Positivierung einzelner, überschaubarer Tatbestände aus. Hier ist auch eine nähere Umschreibung des Gefahrenmomentes möglich, wie es im Zivilrecht im Zusammenhang mit dem "Betrieb" einzelner Verkehrsmittel geschehen ist[7]. Für etwaige nicht erfaßte Sachverhalte würde dann immer noch der, sonst grundsätzlich subsidiäre Aufopferungsanspruch bereutstehen.

---

7) Ebenso Bullinger JZ 1961 S.711 im Gegensatz zu Leisner DÖV 1961 S.860.

Lebenslauf.

Am 30. April 1927 wurde ich als Sohn des Landwirts Alois Rettenbeck und seiner Ehefrau Ottilie in Jägerndorf/Ndb. geboren. Ab 1933 besuchte ich die Volksschule in Malgersdorf, von 1940 bis 1944 die Aufbauschule in Pfarrkirchen. Nach einjährigem Einsatz als Luftwaffenhelfer wurde ich im September 1944 für zwei Monate zum Reichsarbeitsdienst eingezogen und diente anschließend bis zum Kriegsende bei der deutschen Wehrmacht. 1946 setzte ich meine Schulausbildung an der Oberrealschule Passau fort und legte dort im März 1947 die Reifeprüfung ab.

Im Oktober 1947 trat ich als Anwärter für den gehobenen Justizdienst beim Amtsgericht München ein und bestand im Januar 1950 die Rechtspflegerprüfung. Bis 1. Mai 1961 war ich dann als Rechtspfleger beim Amtsgericht Fürstenfeldbruck und München tätig. Nebenher studierte ich seit dem Sommersemester 1957 an der Universität München sieben Semester Rechtswissenschaften und legte hier am 9. Januar 1961 die erste juristische Staatsprüfung mit Erfolg ab.

Zur Zeit bin ich als Rechtsreferendar dem Landgericht München zugeteilt.